This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Netherlands
265

SPECIMEN JURIDICUM INAUGURALE

DE

TUTELA LIBERORUM NATURALIUM.

SPECIMEN JURIDICUM INAUGURALE

DE

TUTELA LIBERORUM NATURALIUM,

QUOD,

ANNUENTE SUMMO NUMINE,

EX AUCTORITATE RECTORIS MAGNIFICI,

FREDERICI GUILIELMI KRIEGER,

Med. Chir. et Art. Obst. Doct. et in Facult. Med. Prof. Ord.

AMPLISSIMI SENATUS ACADEMICI CONSENSU

ET

NOBILISSIMAE FACULTATIS JURIDICAE DECRETO,

PRO GRADU DOCTORATUS,

SUMMISQUE IN JURE ROMANO ET HODIERNO

HONORIBUS AC PRIVILEGIIS,

IN ACADEMIA LUGDUNO-BATAVA,

RITE ET LEGITIME CONSEQUENDIS,

PUBLICO AC SOLEMNI EXAMINI SUBMITTET

JACOBUS LOPES DE LEÃO LAGUNA,

AMSTELODAMENSIS.

AD DIEM XXII NOVEMBRIS MDCCCLIV, HORA II—III.

IN AUDITORIO MAJORI.

AMSTELODAMI,

APUD C. WOUTERS.

MDCCCLIV.

NE
L 91

JUN 1 1 1934

Typis J. B. DE MESQUITA.

Parentibus

Optimis, Carissimis,

NEC NON

FRATRI DILECTISSIMO, VIRO CONSULTISSIMO

DAVID LOPES DE LEÃO LAGUNA,

Jur. Rom. et Hod. Doct.

CAUSARUM PATRONO APUD CURIAM PROVINCIALEM

HOLLANDIAE SEPTENTRIONALIS.

PRAEFATIO.

Quamquam mihi, tam parvis in juris disciplina excolenda viribus munito, graves occurrerent difficultates, huicce dissertationi conscribendae aggresso, quippe quae brevi summâ varias indagandas amplectitur quaestiones, valde jucunda tamen, fateor, electi argumenti fuit tractatio, quae occasionem mihi praebuerit, plenum Codicis nostri in certa materia systema explicite perspiciendi, atque quomodo in diversis casibus sit applicandum perscrutandi. Si autem sperare mihi non licet, fore, ut in singulas hocce libello investigatas quaestiones lucem quamdam me effudisse, aut sufficienter obvia persolvisse dubia lectori videatur, utinam mihi contingat, quae in legis nostrae parte desideranda, supplenda atque interpretanda mihi apparerent, satis clare, neque temere, aptioribus dirimenda atque expedienda saltem me ostendisse, et quantulumcunque ita juri excolendo positivo contribuisse! Dulce mihi erit, si illud me spectantem ingratam plane operam non navasse, qui hasce studiorum primitias ob oculos habebit, decernat.

De rerum, quas in hocce opusculo attingere proposui, divisione et tractandi modo non est quod praemonere opus existimem. Singularum Sectionum vinculum, haecce percurrenti facile apparebit lectori; varias quaestiones suo quasque loco me commemorasse confido. Et hîc praemittenda pauca, quae habui, absolvere

atque ad ipsam rem agendam transgredi possem, nisi, ad quos gratus me vocat animus, compellandi dulce mihi incumberet officium. Tui scilicet, vir clarissime VAN DER HOEVEN, quod mihi praestasti auxilii in Stadio Academico percurrendo, numquam, credas quaeso, me obliturum. Tuis enim, ut praeceptoris aestumatissimi gavisus sum lectionibus; et de illis meritam hic efferre laudem haud queam; grata certe semper earum mihi erit recordatio. Ast amicus me consiliis tuis es prosecutus, quae magis magisque levem mihi redderent juris exercendi viam. Silentio haec praeterire animus vetat. Quoties enim, cum ad te confugerem, moverunt benevolentia et cura, quibus mihi adesse volueris ab initio inde ad finem usque studiorum meorum Academicorum. Si hisce valedicere cogor, ne amicitiae tuae atque consiliis mihi sit valedicendum, magnopere spero. Utinam semper hisce uti licere mihi contingat! Hoc confidens praesidio, firmo demum animo novum, ineuntibus arduum, pergredi potero cursum.

Neque te praetermittere possum, vir clarissime DE BOSCH KEMPER, quem totum te discipulis atque intimo animo dedere expertus sum. Omnibus modis enim, quandocunque ex uberrimo doctrinae tuae fonte haurire vellem, jucundum atque facilem ad illum aditum reddidisti. Liceat mihi sperare in perpetuum mihi hoc adfuturum columen, atque credere velis vehementer mihi dolere, verbis tantum me posse tua erga me beneficia grato animo agnoscere. Id precor a D. O. M., ut longum in temporis spatium te patriae decori; familiae, amicis, discipulis honori servare velit!

Pro humanitate, qua, ut fines attingerem Academici mei cursus, me adjuvare voluisti, grates meas quam maximas accipe, vir clarissime DE WAL, promotor aestumatissime. Utinam sit tibi persuasum, numquam memoriâ mihi evasuram operam, quam et antea et nuper etiam in me collocare voluisti.

CONSPECTUS.

Pag.

INTRODUCTIO. 1

De tutela liberorum naturalium universe. 4

SECTIO PRIMA.

DE TUTELA LIBERORUM NATURALIUM A NEUTRO PARENTUM AGNITORUM.

§ 1.

Quomodo judex Cantonnalis certior fiat de natalibus liberorum naturalium non agnitorum? 9

§ 2.

Quaestiones circa faciendam de liberorum naturalium natalibus apud Acta declarationem. 13

Pag.

§ 3.

De quaestione, utrum vinculum exsistat civile parentes inter et liberos naturales non agnitos *status possessione* (quae dicitur) gaudentes. 22

§ 4.

Quodnam sit domicilium liberorum naturalium non agnitorum, ante tutoris nominationem? 32

§ 5.

De tutoris auctoritate circa personam bonaque pupilli. . . . 35

SECTIO SECUNDA.

DE TUTELA LIBERORUM NATURALIUM AB ALTERUTRO PARENTUM AGNITORUM.

§ 1.

De tutela liberorum naturalium ab alterutro parente agnitorum universe. 40

§ 2.

De ademptione tutelae dativae. 45

§ 3.

De quaestione, an patri matrive tutoribus legitimis jusjurandum imponi possit. 48

§ 4.

De cura et educatione liberorum naturalium, matre tutelam recusante. 50

Pag.

§ 5.

De domicilio liberorum naturalium a matre agnitorum, recusata tutela. 57

§ 6.

Quaestio de matre tutrice conjuncta marito. 60

§ 7.

An liceat parentibus liberis naturalibus agnitis testamento tutorem dare? 64

SECTIO TERTIA.

DE TUTELA LIBERORUM NATURALIUM AB UTROQUE AGNITORUM PARENTE.

§ 1.

De tutela liberorum naturalium ab utroque agnitorum parente universe. 69

§ 2.

De ademptione tutelae dativae atque legitimae 73

§ 3.

De quaestione, an mater tutrix possit esse surrogata? . . . 76

Pag.

§ 4.

De cura et educatione liberorum naturalium, ab utrisque agnitorum parentibus. 79

§ 5.

De quaestione, an pater naturalis consiliarium (*raadsman*) superstiti possit injungere matri, liberorum naturalium tutrici? 88

DE TUTELA LIBERORUM NATURALIUM.

„Les droits des enfants naturels recevront „de la loi un caractère fixe et déterminé, et l'on „ne pourra dire de notre Code, ce qu'un auteur „bien connu [TOULLIER IV, n°. 248—250] dit du „Code Français. Il avoue: „que les dispositions „„sur les droits des enfants naturels sont restées „„imparfaites, qu'elles ne forment point un „„système complet, ni assez suivi, pour en tirer „„des conséquences applicables à tous les „„cas."" etc.

VOORDUIN, IV, p. 39.

INTRODUCTIO.

Societatis civilis bene ordinandae justae nuptiae sunt praesidium atque necessaria conditio. Ab illis pendet status civilis certitudo; et recte igitur variis temporibus, matrimonio faventes, distinctum a liberis legitimis,

liberis extra nuptias procreatis leges assignavere locum, aestumationi publicae congruum. [1]

Licet etiam nostro visum sit legislatori expressis dispositionibus liberorum naturalium definire conditionem, subit tamen quaestio, sparsis et passim diffusis collatis in unum statutis, num sufficienter et explicite satis omnibus in rebus sit munere functus. Atqui liberorum naturalium variis vitae civilis conditionibus consideratis hac de re dubitare cogimur, paucos, qui specialiter de iis scripti sunt, articulos intuiti. Imprimis vero nobis in eorum minori aetate, difficultates occurrebant, quas frustra dirimere, nisi analogica articulorum interpretatione, aut aliunde legislatoris voluntatis perquisitione conati sumus. Quamobrem liberorum naturalium tutelam, quaestionesque exinde ortas inspicere atque exponere non ingratum plane opus fore duximus.

Hujus operae fructum si itaque lectoribus benevolis offeramus, hoc eos praemonitos esse velimus, alias in hacce dissertatione indagatas quaestiones, hoc consilio nos tractasse, ut multorum, qui passim illos attingerent, jurisconsultorum opinionibus collectis et inter se com-

[1] Cf. hac de re DELPECH, des enfants nés hors mariage. ARGOU, I, 76. MERLIN, Rep. v. *bâtard*. SCHÄFFNER, III, 216. WARNKÖNIG, II, 172. ZACHARIAE, III, 412.

positis, potiores nobis visas ob oculos poneremus, alias, quae sponte se offerrent, cum liberorum naturalium aetatem minorem percurreremus, a jureconsultis tamen fere neglectas, pro tenuitate virium et parva juris scientia nos ostendere et solvere conatos esse.

Si in citandis auctoribus maxime et lubentissime francicos explorare studuerimus, codicis francici cum neerlandico in hac tractanda materie similitudini et auctorum explicitiori perscribendi modo imputetur. Nam quamquam perpaucae in Codice Neerlandico de tutela liberorum naturalium additae sint dispositiones [1], quibus codex francicus suppleatur, non hoc impedit, quominus et aliorum nonnumquam hoc ipso difficilior fiat interpretatio articulorum, et eo clarius in ceteris casibus nobis constet, quid in lege sit desiderandum.

[1] Artt. 408 et 420.

DE TUTELA LIBERORUM NATURALIUM UNIVERSE.

Minores, si parentum amborum aut alterutrius cura carent, tutela muniantur necesse est, quippe qui parentum tantum juncto auxilio, et conjugum consensu optime contra virium debilitatem aetatisque levitatem defendi possunt. Illam secutum esse rationem legislatorem nostrum, patet ex verbis in art. 385 al. 3 C. C. nostri enuntiatis[1]. Hîc vero legislator, quos sub tutela esse velit, definiendo atque ita codicem francicum hac in re adimplere conando, contra quaestionibus nonnullis locum dare videtur, cum hos includendo, quorum parentes utrique vel alteruter eorum diem obierunt, alios excludere videatur, qui aeque parentibus orbi haberi possunt, quamvis mors illos non sustulerit, puta liberos in hospitium receptos, de quibus art. 421 C. C.[2]

[1] „Minderjarigen, welker ouders beiden of een van beiden zijn overleden, staan onder voogdij, op den voet, als bij de derde, vierde en vijfde afdeelingen van dezen titel is voorgeschreven....."

[2] „Mniderjarigen, die in eenig gesticht van weldadigheid zijn opgenomen, verblijven, zoolang zij zich daarin bevinden, of

agit; licet enim de illis dissentiant auctores, an utrisque viventibus parentibus, tutores adesse queant, hac de re pene omnes conveniunt, alterutro mortuo, hospitium tutelam gerere, quod sane rationi et sanae interpretationi legis verborum maxime est consentaneum. [1] Maxime vero hîc significare volumus, liberos naturales a neutro parentum agnitos, vel ab alterutro, ne dicamus de illis, qui ab utroque sunt agniti, qui, an sub tutela esse possint adhuc quaestio est. [2]

Mirum sane etiam praecipuos ICtos hac de re tacere, quamvis alicujus momenti quaestiones inde profluere posse, non sit negandum. Sine dubio liberorum naturalium maxime interest, ut eorum tutela precise atque accurate lege regatur. - Etenim minores legitimos, si utrisque parentibus, vel saltem alterutro orbos contra infirmitatem tueuntur leges, eos cura, administratione atque consiliis tutorum prosequendo, expressa atque sufficientia ipsorum gratiâ statuta sanciendo, cum in-

daartoe behooren, onder de voogdij van de regenten van dat gesticht."

[1] Cf. J. DE VRIES in Regtsgel. Bijbl. III, 236. Regtsgel. Adviezen II. Burg. Regt, n°. 6. EMANS, in Ned. Jaarb. van DEN TEX en VAN HALL, X, 407—423. OPZOOMER, I, p. 175 et 188. DIEPHUIS, II, 309 et 356. DE PINTO, II, p. 132. VERNEDE, ad art. 405 C. C.

[2] Vide infra, Sect. II § 1.

super familiâ gaudent, quae pro eorum vigilet rebus, quantum magis studiose illis prospiciendum qui, parentum contumelia maculati, publica societatis, in qua vivunt, spreti aestumatione, sola nituntur lege, quae ipsorum solide firmet jura?

Obscura et dubia, in hac Cod. nostri parte obvia ut melius perspiciamus, liberorum naturalium minorem aetatem ordine persequemur, tribus propositis ejus aetatis quasi modificationibus, prouti nempe a *neutro* parente, sive ab *alterutro*, sive ab *utroque* sint agniti. Cum enim a neutro parentum agniti liberi naturales, prorsus derelicti maximum et unicum in legibus quaerere debent praesidium, quod agnitis natura ipsa, sanguine parentibus vinctis, praestare solet; agnitione parentum, qua scil. naturali eaque sanctissima obligatione suis connexos esse liberis se profitentur, atque ita demum civiliter pro illis vivere incipiunt, legislatoris munus, magna parte a parentibus susceptum, valde mutatur, et longe dissimilis non agnitorum liberorum naturalium statui oritur conditio. Facile vero nobis apparebit mediam legislatorem in tribuendis juribus liberis naturalibus, etsi agnitis, percurrere viam. Justarum nuptiarum enim favorem omnino in Cod. nostro ubivis profiteri volens, privilegiis eas muniendo,

et praeterea hoc perspiciens, esse in matrimonio parentes inter ac liberos salutare et indissolubile vinculum, quod nuda agnitione numquam exsistere potest, cum, quae ex mera natura fluunt jura parentibus liberisque denegare nequeat, parcior est in concedendis iis civilibus juribus, tamquam matrimonii sequelis.

Hisce igitur praemissis, argumentum nostrum aggrediamur hanc in indagando regulam tenentes „in dubiis pro partu naturali" et sit liberorum salus semper suprema lex.

SECTIO PRIMA.

DE TUTELA LIBERORUM NATURALIUM A NEUTRO PARENTUM AGNITORUM.

Agnitione demum parentes inter et liberos naturales exsistit vinculum civile; [1] haec quando deest, lex auxilia suppeditet necesse est liberis naturalibus, quorum parentes hoc casu non agnoscit, et tamquam civiliter mortuos considerat. Ut liberorum istorum prospiciatur commodis, tutelae dativae tantum, art. 413 [2] definitae, neque alii locum esse, patet. Videndum itaque imprimis quonam modo illa procedat nominatio; unus

[1] Art. 335 C. C. „Door het erkennen van een natuurlijk kind worden burgerlijke betrekkingen geboren tusschen dat kind en zijn' vader of zijne moeder."

[2] „Indien een minderjarig kind overblijft, zonder vader, moeder of voogd, door den vader of de moeder benoemd, gelijk ook wanneer de voogd, eene der opgenoemde betrekkingen hebbende, zich in 't geval van uitsluiting of vrijstelling bevindt, zal in de voogdij door den kantonregter worden voorzien."

qui hac de re loquitur art. 420 [1] sufficere plane non videtur, qui dispositionem quidem continet naturalium liberorum, nemini nisi parentibus conjunctorum, statui valde congruam et rationi consentaneam; sed ut judex Cantonnalis munere suo hîc fungi, tutoremque dare queat, aliquomodo fiat certior de non agnitis liberis naturalibus necesse est, quod, quomodo locum habeat subit nobis quaerere.

---

§ 1.

QUOMODO JUDEX CANTONNALIS CERTIOR FIAT DE NATALIBUS LIBERORUM NATURALIUM NON AGNITORUM.

Art. 417 C. C. [2] hac in re procedendi modum perscribit, quod attinet ad liberos legitimos; analogice vero cum exinde rationari velimus, occurrunt difficultates

[1] „In de voogdij over natuurlijke kinderen wordt door den kantonregter, zonder eenig voorafgaand verhoor, voorzien."

[2] „De benoeming van eenen voogd geschiedt op het verzoek van de *bloedverwanten* van den minderjarige, van zijne *schuldeischers*, of andere *belanghebbende partijen*, of zelfs *ambtshalve door den kantonregter* der woonplaats van den minderjarige."

hae tres: 1°. Nulla, ut vidimus, exsistit liberorum naturalium familia, sanguine vel affinitate iis conjuncta; 2°. Raro hic adesse possunt, quorum ob pecuniarias causas tutorem nominari adeo intersit, cum liberi naturales, antequam certam attigerint aetatem, sese aliis, aliosve sibi obligare nequeant; 3°. Status civilis magistratus est judicem Cantonnalem certiorem facere de morte omnium, qui liberos reliquerint minores[1], atqui vero minime de liberorum natalibus naturalium, non expresse agnitorum.

Itaque plane hîc deficere praecisam dispositionem, qua quoquo casu necessitati tutoris dicendi subveniatur, luce clarius est. Sic se habente re, nobis quidem videtur Ministerio Publico, quod ex natura muneris sui legum attendere oportet executioni [2] et salutem minorum omnium et auxilio egentium defendere atque tueri [3], facultatem denegari non posse ex officio tutoris nominationem curae habendi. Quod abs re esse contendi nequit, si hîc conferamus art. 489 al. 2 C.C., qui de curando propter dementiam vel imbecillitatem similem continet dispositionem, Ministerii Publici scil.

[1] Cf. art. 417 al. 2 C. C.

[2] Art. 4 W. op de R. O.

[3] Art. 324 6°. Cod. de meth. proc. in causis civ.

interventionem esse adhibendam, quoties, ut hoc casu etiam locum habet, curandus caret familia nota, quae ipsius prospiciat saluti, id quod praeterea Ministerii Publici fit officium, cum propter insaniam curandi de societatis quiete et securitate agitur (Art. 489 al. 1). Insuper magnopere occurri posset huic difficultati, si judex Cantonnalis quovis modo a magistratu status civilis impetrare posset, ut agnitione non facta, hac de re se certiorem faciat, eadem ratione atque de parentum morte liberos relinquentium minores; et ambo sic legislatoris implere conarentur propositum. Potior hac de re videtur Cod. Francici dispositio [1] quae unicuique jus tribuit, i. e. etiam Ministerio Publico, huic curam dare tutelae. Attamen distinguendum hîc, an matris nominis in declaratione, quae de natalibus liberorum naturalium fit apud magistratum civilis status, mentio sit facta, nec ne. Si certa atque apud acta nominata sit mater, durum sane atque iniquum esset, inscia matre et in bona fide versante, judicem cantonnalem sponte tutorem, matri plane alienum, dicere, et multo magis nobis videtur probandum, si

[1] Art. 406 C. Nap. „*Toute personne* pourra dénoncer à ce juge le fait qui donnera lieu à la nomination d'un tuteur."

matrem, frustra ad agnoscendum exhortatus, tum demum officio fungatur, alia nulla patente via. Contra, matris ignoto nomine, nihil dubii, quin statim ad tutoris nominationem procedere queat judex cantonnalis.

---

§ 2.

QUAESTIONES CIRCA FACIENDAM DE LIBERORUM NATURALIUM NATALIBUS APUD ACTA DECLARATIONEM.

Status civilis liberorum tuendi atque conservandi gratia, personis lege designatis [1] onus est impositum certum intra temporis spatium [2] apud magistratum status civilis declarationem, quae statim apud acta inscribatur (art. 29 al. 2), faciendi, cujus forma et summa precise lege definitur [3]. Si ex justis exorti sunt nuptiis liberi, plerumque declaratio illa nullam praebebit difficul-

[1] Art. 30 C. C. „De aangifte der geboorte van een kind zal door den vader moeten worden gedaan, of bij gebreke van dien, door de *geneesheeren*, *heelmeesters*, *vroedmeesters*, *vroedvrouwen* of andere personen, welke bij de bevalling zijn tegenwoordig geweest; en wanneer de moeder buiten hare woning bevallen is, zal de aangifte moeten geschieden door den persoon, ten wiens huize zij bevallen is."

[2] Art. 29 C. C.

[3] Art. 31 C. C. „De akte van geboorte zal vermelden:
1°. Het jaar, den dag, het uur en de plaats der geboorte;
2°. De kunne van 't kind en de voornamen, welke aan 'tzelve zullen worden gegeven;

tatem, nisi cum adsit parentum, aut eorum, quibus lege incumbit facere declarationem, dolus malus, liberorum celandi statum gratia adhibitus, quem justa Codice penali circumscripta exspectat poena [1]. Si vero de liberis agatur extra matrimonium procreatis, non negandum contumeliam parentibus naturalibus, vel potius matri soli, patre semper incerto, circa illos liberos inhaerentem, saepe impedire posse, quominus explicite lege exacta fiat declaratio, nominis scil. matris naturalis, quo publice illiciti actus profiteatur dedecus. Oritur nempe haecce quaestio an, qui art. 30 C. C. partum apud magistratum status civilis declarare sunt adstricti, *matris* nomen etiam profiteri debeant, quamquam illud celare rogati?

Duobus casibus haecce versari potest quaestio; 1°. partui si adsunt lege determinatae personae, exceptis iis qui partui auxilium ferre creduntur; et 2°. iis tantum praesentibus, qui art. 30 dicuntur: *medici, chirurgi, partus adjutores, obstetrices,* omnibusque iis quos obligat officium, ea quae muneris opportunitate arcana

3°. *de voornamen, namen, het beroep en de woonplaats der ouders;*

4°. de voornamen en namen, den ouderdom, 't beroep en de woonplaats der getuigen en der aangevers."

[1] Art. 346 C. P.

cognoverunt, celandi. Qui hisce de rebus tractarunt auctores ambo istos casus simul complexi sunt et tantum generaliter disquisiverunt, an, extra nuptias edito partu, declarantes lege cogi possint, matris proferre nomen? Quod tamen mirandum, siquidem manifestum est non easdem hîc valere de utroque personarum genere rationes; namque 1°. cum privatus homo, arcana ab alio sibi commissa edens, nulla Codice penali perscripta poenâ hoc luere debeat perfidus, aliter de chirurgis similibusque valet, qui et jurejurando (Hippocratico) tenentur ad celanda aliorum secreta, in munere fungendo sibi patefacta, et Codice Penali [1] a jurejurando violando arcentur; 2°. non voluntarie ad medicos confugere solent, quae eorum indigent auxilio ad partum edendum, sed quia imminet coactae vitae suae atque prolis periculum.

In diversas partes hac in re abeunt ICti. Sunt, qui

[1] Art. 378 C. P. „Genees- en heelmeesters en andere soortgelijke ambtenaren, alsmede de artsenijbereiders, vroedvrouwen en alle andere personen, door hun staat of beroep kennis dragende van geheimen, welke hun toevertrouwd worden, wanneer zij, buiten de gevallen, waarin de wet hen verpligt om aanbrenger te wezen, deze geheimen geopenbaard zullen hebben, zullen gestraft worden met eene gevangenis van eene tot zes maanden en eene boete van honderd tot vijfhonderd franken."

nullo jure ad declarandum lege vocatos, matris nomen ut edant, cogi posse putant [1]; alii contrarium contendunt [2]. Rationibus vero, quibus utuntur, perspectis, nobis quidem eorum praevalere videtur sententia, qui omnes, quibus declarandi onus est impositum, ad legis perficiendum jussum cogi posse censent, et ita magis liberorum status civilis securitati prospicere videntur, quam matris decori. Hoc ut clarius fiat, *destructive*, quae a diversae sententiae defensoribus allegantur, tractanda videntur. Argumenta istorum, huc pene reducuntur: 1°. Magistratui status civilis in actis redigere tantum licet, quod ab ipso sit actum, aut sibi praesenti declarantes ad finem actus sunt confessi vel confitendi jus habent; ejus ministerium *passivum* tantum vocari potest, neque se ad *judicis* extendit munus;

[1] Cf. TOULLIER, I, 317. DURANTON, I, 315. MERLIN, Rép. v. *maternité*. ZACHARIAE, I, § 70 p. 196 n°. 3 et § 59, p. 174. LOISEAU, tr. des enf. nat. 397. 426. DELVINCOURT, ad art. 56 C. N. LOCRÉ, ad art. 35 et 57 C. N. GROLMAN, I, 316. COIN-DELISLE, ad art. 57 C. N. n°. 10. CARNOT, Comm. ad art. 348 C. P., p. 130, n°. IV. CHAUVEAU et HELIE, II, p. 266, n°. 2982 2°. PAILLIET, ad art. 56 C. N. n°. 2 et 57 n°. 5.

[2] Cf. DEMOLOMBE, I. 294. MORIN, in *Journ. du Dr. Crim.* XV, p. 265. Arr. 24 Dec. 1845, v. D. HONERT, t. VII, p. 232—244, Weekbl. n°. 685.

2°. Art. 346 Cod. Poen. tantum spectat art. 56 C. C., neque est extendendus ad sequentem art.; 3°. Periculosum esset matrem ad ignominiam suam aperiendam cogere; amicorum enim et medicorum rejiceret auxilium, et sic suam prolisque vitam interitui exponeret, ne patefiat suum dedecus timens; vulgo mater domicilium mutat hoc tantum consilio, ut partum celet, neque magistratus civilis est inquirere, an nomen declaratum sit verum; 4°. Fieri potest ignorare nomen matris declarantes; 5°. Exigere lex nequit inhonestum factum, quod ipsa puniendum ducit delictum; et declarationis istius utilitas jurisjurandi religionem dissolvere non potest.

Quamvis rationibus illis tribui possit aliquid momenti, haec bene consideratis opponi posse non temere videntur:

Ad 1um et 2um; Legislatoris voluntas ut quam maxime liberorum status civilis securitati prospiciatur, actis hisce status civilis dedit originem; itaque in dubiis pro liberis, hîc pro partu naturali lex interpretanda. Quid vero sana utentes ratione artt. quibus agitur de actis de natalibus liberorum redigendis [1], statutum invenimus? Art. 29 C. C. vult et tamquam generalem scribit regulam, de natalibus liberorum esse

[1] Sectio secunda, Tit. III, Art. 29—38 C. C.

perscribenda acta a magistratu status civilis (al. 2); hujus acti Art. 31 C. C. exponit formam, inter caetera etiam parentum nomen declarandum jubens, et art. 30 C. C. personas indicat, quibus hoc declarandi incumbit onus, scil. ut plene et secundum legis normam, ad legislatoris satisfaciendum consilio, officio fungantur. Et ut hoc impetret magistratus omnino recurrere potest ad legis poenalis coercitionem, quae licet Art. 346 Cod. Poen. unice Artt. 55 et 56 C. N. (Artt. 29 et 30 C. C. nostri) designet, nihilominus etiam spectare videtur Art. 31, qui tantum quasi pars Art. 29 esse, aut ejus exsecutionis modum continere nobis videtur. Declaratio elementa perscribendi acti praebere debet, et ipsum hoc ut impetret, et quia ministerium tantum *passivum* habet, quo impeditur quominus a declarationis requisitis alienas instituat inquisitiones, lege sancito coercendi modo munitur status civilis magistratus, quare eo magis nomen matris *rogandi* facultas ei tribuenda.

Ad III^um^ et IV^um^; Periculum, quod hîc imminere dicitur, ne mater potius medicorum auxilium repellat, et ita se et infantem exitui exponat, potius quam dedecoris sui publice profiteri velit testimonium, valde illud hoc esse levius censemus abusu, mulieres non

amplius illiciti facti publica ignominia retentas, magis magisque moribus depravatas, miseris vitam dare liberis, qui vel ipsa spe carere debent umquam originis suae et miseri status se inventuros auctorem. Quis matri jus tribuat partum celandi, quem lex publicis actis luci edi praescribit, idque certam in finem? Natura et lex prohibent, quominus dissimuletur sanctum adeo vinculum maternitatis, quod tantum hoc casu locum habere debet, quo declarantes ipsi matris ignorant nomen; „impossibilium enim nulla est obligatio." Quamquam quis matrem ita putet degeneratam ut infantis salutem despiciens, vitae eum interitui exponere mallet, repellendo artis auxilio, aut tam atrocem ut matris amore suppresso, infanticidium committeret, potius quam acerbissimum suscipere dedecus? Non itaque nimis leviter huic indulgendum argumento.

Ad V^{um}. Quod attinet ad hoc argumentum, medicos, chirurgos aliosque artis eruditos jurejurando teneri atque iis poenam minari Codicem Poenalem contra violandam fidem, objiciendum putamus, Art. 378 locum occupantem in parte Cod. Poenalis quae agit „*des calomnies, injures*" etc. tantum vetare imprudenter et temere patefieri arcana dolose et maligne subrepta, et minime

declarationem in cummunem utilitatem lege praescriptam. Hoc ex ipsa legis historia atque verbis patet [1], quae clare legislatoris voluntatem, publicae salutis causa privatorum nonnumquam commoda esse negligenda, enuntiant. Jusjurandum Hippocraticum ipsum verbis suis eandem complectitur sententiam [2]. Hîc vero etiam sana ratio et consuetudo supra hac de re exposita sanciverunt, ita ut apud medicos non amplius de agendi modo ambigatur. Insuper hoc addendum videtur: ipsa lex matris in actis nominis inscriptionem minime prohibet, ubi Art. 132 C. C. distincte legimus extra nuptias patris nomen apud acta declarari et inscribi non licere [3], quod hac legis nostrae nititur regula „paternitatis est interdicta perquisitio" (Art. 342 C.C.); maternitatis contra cum sit permissum investigare originem (Art. 343 C. C.), nulla justa ratio dari posse videtur, cur

[1] Art. 378 C. P. „Genees- en heelmeesters..... *buiten de gevallen waarin de wet hen verpligt om aanbrenger te wezen.*"

[2] Jurant Medici, Chirurgi et Artis Obstetriciae Doctores: „Se audita vel visa inter curandum, *nisi Reipublicae ea efferri intersit, silentio oppressuros.*" Besluit van 6 December 1815, 31 Mei 1818, Stbl. n°. 63 et 19 Maart 1839, Stbl. n°. 89.

[3] Art. 32 C. C. „Wanneer het kind buiten echt geboren is, mag de naam des vaders niet bij de akte worden vermeld, ten ware deze het kind, hetzij in persoon, hetzij door eenen gemagtigde, bijzonderlijk daartoe bij authentieke akte aangesteld, erkenne."

via obrueretur, qua facile ad matris inventionem perveniri possit, quum nominis inscriptio, quamvis non certum praestet testimonium, attamen grave perhibeat indicium, quod plerumque ad veritatem ducat, necesse est [1]. Quamobrem ubi lex magistratum status civilis vetat inscribere et declarantes rogare patris nomen, contra id ipsum permittere videtur, ubi de matris nomine quaestio est. [2]

Itaque, ut potuimus, ostendere conatis, strictam et praecisam hac de re in codice nostro desiderari decisionem, potissimo nobis viso agendi modo exposito, sperandum nobis, jurisprudentiam de gravi hac quaestione firmaturam esse Curiam nostram supremam.

[1] Cf. LEON, Regtspr. van den H. R., II, pars 2, ad art. 343 C. C., ubi decernitur liberis naturalibus facultatem datam esse, *a priori*, sine probatione per scripturam, designatam matrem interrogationi subjiciendi (*sur faits et articles*), quae testetur matris partum.

[2] Cf. LEON, ad cit. art. Arr. 24 Dec. 1845, VAN DEN HONERT, III, p. 233—244. Weekbl. nº. 685.

§ 3.

DE QUAESTIONE UTRUM VINCULUM EXSISTAT CIVILE PARENTES INTER ET LIBEROS NATURALES NON AGNITOS, STATUS POSSESSIONE (quae dicitur) GAUDENTES.

Quamquam, ut supra expositum, sit legislatoris nostri expressa voluntas, et minorum admodum intersit, ut brevi post natos liberos naturales a judice cantonnali, de natalibus eorum certiori facto a magistratu status civilis, si mater sponte non agnoverit, vel agnoscere recusaverit, tutor nominetur, tamen experientia docet, permultos in civitate nostra degere liberos naturales non agnitos, attamen tutela carentes; cujus rei haec causa esse videtur, quod nulla exsistat legis dispositio, qua status civilis magistratus judicem cantonnalem certiorem facere cogatur, et hoc igitur ejus arbitrio vel eorum, quorum intersit, relinquatur. Saepius jam haec codicis nostri lacuna gravioribus locum dedit quaestionibus. In aliis etiam hoc ortum est dubium, an agnitio, quomodo facienda lege requiritur, una sit conditio, qua

liberos naturales inter et parentes jura civilia constituantur, quod imprimis tractandum nobis proposuimus, hanc specialiter spectantes quaestionem, an vinculum aliquod civile exstet liberos naturales non expresse agnitos inter et parentes, si naturale vinculum continua et certa status liberorum naturalium possessione appareat.

Permulti scil. liberi naturales status incerti in civitate vivunt, domo educati atque instituti ab iis, qui ipsorum esse parentes sese prae se ferunt, qui nomen familiae suae liberis illis naturalibus applicant et quibus ita ab omnibus fides habetur; atque sic re et facto quasi agniti tractantur liberi naturales, bona fide utentibus liberis parentibusque. Attamen rogatur, an talem conditionem jus civile aeque tueatur et sustineat atque illam, quae est agnitionis rite et legitime habitae sequela? Minime agnoscere hunc statum Codicem nostrum Civilem paucis ostendere conabimur.

A variis, qui hanc tractarunt materiem, auctoribus, tres diversae defenduntur sententiae; alii constantem liberorum naturalium status possessionem nihil circa filiationem, neque erga matrem, neque erga patrem probare [1];

[1] Cf. TOULLIER, II, n°. 970—971. MARCADÉ, II, ad art. 341 C.N., n°. 6. ZACHARIAE, III, p. 430, § 570, n°. 2. LOISEAU, p. 414, 525—528. COULON, quest. de dr. III, p. 584, 610. RICHEFORT, ad art. 334 C.N., n°. 8. DIEPHUIS, II, p. 172 n°. 1, n°. 394,

alii tantum erga matrem eam testari filiationem [1], alii, quamvis pauci, illam et erga matrem et erga patrem plene filiationem probare [2] censent. Quamvis eorum, qui posteriores hasce duas tuentur sententias, argumentis, possessionem status scil. etiam habere vim pleniorem et plus probare quam ipsa acta, cum nomen, tractatus et fama filiationem ostendere videntur; esse eam continuam, publicam et perseverantem agnitionem ab utrisque habitam parentibus; contrarium esse erga matrem nimis durum atque severum; quamquam, inquam, hisce aliquid possit tribui momenti, tamen Codicis Civilis dispositiones earumque historiam explorantibus persuasum nobis est, Art. 335 [3], qui Codici Francico deest, regulam juris continere, qnae magis apud nos dissolvere quaestionem videtur. Attamen in foro valde hac de re disputatum

p. 323 et 325. Verz. v. regtsgel. Adv. p. 42—43. Mr. G. A. P. OESTER, de legitimatione ex jure Belgico novissimo, Ultraj. 1838, p. 40 sqq.

[1] Cf. DELVINCOURT, II, p. 63. PROUDHON, II, p. 100, 143, 144; DURANTON, III, n°. 238. DUCAURROY, I, ad art. 341, n°. 399. BONNIER, des preuves, n°. 144. ALLEMAND, du mariage, II, p. 168.

[2] Cf. DEMOLOMBE, III, p. 167, n°. 477 sqq. (Ed. Paris. V. p. 456, 480 sqq.) DALLOZ, v. filiation, Chap. 3, sect. II, Art. III.

[3] „Door het erkennen van een natuurlijk kind worden burgerlijke betrekkingen geboren tusschen het kind en zijnen vader of zijne moeder."

est [1]. Nos vero ita arbitramur: *Agnitione* Art. 335 vinculum civile exstare parentes inter et liberos naturales praescribit. Quomodo haec fiat agnitio, sequens art., qui sine dubio, qui praeit art. spectat, exprimit. Art. 336 [2] scil. qui modos varios, faciles agnoscendi exhibet, hosce includendo, omnes alios excludere nobis videtur. Etenim in discussionibus [3] de hac Codicis nostri parte habitis legislatoris patet doli mali aut fallaciae hac in re metus, quamobrem ad certam seriamque nulli disputationi aptam voluntatem enuntiandam, definitos constituit hanc manifeste edendi modos. *Positivam* et *explicitam* eam esse oportere recte animadvertit Nicolai [4].

Lex autem, ne hac de re ortum dubium quieti atque existimationi integrae familiarum noceat, jubet certam formam hîc adhiberi, qua appareat, serio atque con-

[1] Cf. Regtsgel. Bijbl. 1849, p. 465 sqq. et p. 344—352.

[2] „Het erkennen van een natuurlijk kind kan door alle authentieke akten geschieden, wanneer zulks niet reeds bij de akte van geboorte, of ter gelegenheid van het aangaan des huwelijks, gedaan is. Zoodanige erkenning kan ook plaats hebben door eene akte, bij den ambtenaar van den burgerlijken stand opgemaakt, en in de registers ingeschreven, op de wijze als bij art. 38 bepaald is."

[3] Cf. VOORDUIN, II, p. 555—556.

[4] Cf. VOORDUIN, II, p. 556.

sulto actum esse. Hanc negligere et sic scriptis verbis legis derogare, valde incerti juris causa esse potest. Quam enim difficile probatu, quatenus fama, tractatus, quibus utuntur liberi naturales, quae a variis tot casibus pendere solent, et mutationibus obnoxia sunt, sufficiant, ut veram et certam istam efficiant *status possessionem*? Inane quidem hoc Codicis nostri esset praescriptum, si liceret in locum rite faciendae agnitionis perpetuam et constantem status possessionem supponere, quo semper nobis esset facultas liberos nostros naturales opportuno nobis tempore hoc statu spoliandi, ante majoritatem eos quoquomodo alii subjiciendo *tractatui*, *nomen* mutando illorum, atque eo ipso veterem perimendo *famam*. Libero ita nostro relictum esset arbitrio pro lubitu filiationem nos inter et liberos naturales creare atque denuo dissolvere. Quaenam sane alia esset ratio, quâ in art. 316 C. C. [1] de *legitimis* liberis expresse sancita, non de liberis naturalibus iterum statuantur? Insuper non est lege vel publica opinione agnitus, qui vocari possit *status* liberorum naturalium, sensu scil. quo illam significare solemus civilem conditionem, a qua pendet

[1] „De afstamming van *wettige* kinderen wordt bewezen door de akten van geboorte, in de registers van den burgerlijken stand ingeschreven. Bij gebreke van zoodanige akten is het ongestoord bezit van den staat van *wettig* kind voldoende."
Cf. etiam art. 320 C. Nap.

qualibus subjecti simus juribus; illa vere hîc exsistere dici nequit. Liberorum legitimorum filiationis probationi si legislator favere voluit, hoc id spectans fecit, de natalibus legitimorum liberorum actum perscriptum plene semper et certo partum matris parentumque nomen indicare, cum quis certe injuriandi animo, conjugibus factum adscribere velle haud facile inveniatur, quod solum iis decori esse possit; et deinde parentes legitimi non facile tamquam suos tractare et profiteri liberos soleant, iisque nomen suum addicere, qui ex ipsorum non procreati sunt nuptiis. Illud vero minime voluisse legislatorem, cum de liberis agitur naturalibus, clare nobis patet art. 343 C. C.[1] legentibus, qui, cum sit perquirendum, quaenam sit mater naturalis, ut scil. cogatur jure agnoscere filiationem, opus esse statuit probatione, 1° matris partus, declarato ejus nomine; 2° ejus, quod liberi naturales sint iidem, atque ii quos peperit mater; quae utriusque rei probatio, testibus adhibitis, tantum, si adsit initium probationis per scripturam, fieri potest[2]. Non igitur

[1] „Het onderzoek, wie moeder van het kind is, wordt toegelaten. In zoodanig geval, is het kind verpligt te bewijzen, dat het is hetzelfde kind, van hetwelk de moeder is bevallen. Tot geen bewijs door getuigen wordt het kind toegelaten, ten ware reeds een begin van bewijs bij geschrifte mogt bestaan."

[2] De quaestionibus hoc de art. 343 ortis cf. ZACHARIAE, IV, § 570, p. 430. DURANTON, III, 240. MERLIN, v. maternité, DE-

hic sufficiet matris sola in actis nominis perscriptio; nam unicuique ita liceret honestam puellam afficere contumelia, partum ab illa editum esse apud magistratum status civilis nuntiando; neque testium declaratio tantum, qui verbis probare filiationem conarentur. Neque enim de natalibus acta redacta ut initium probationis per scripturam habenda[1], ita ut constans liberorum naturalium status possessio, quae ipsa testibus tantum probari potest, hanc ob rem ne initium quidem probationis per scripturam, testibus adimplendum, valeat.[2]

MOLOMBE, V. 500. MARCADÉ, ad art. 341, C.N., n⁰. 3. Arr. Cur. Supr. apud. LEON, II, pars. 2 ad art. 343 C. C. DIEPHUIS, II, n⁰. 397. Contra: LOCRÉ, DELVINCOURT, ad art. 340 C.N., PROUDHON, II, 99. TOULLIER, II, 942 sqq. VOORDUIN, ad art. 343, § 6. V. D. VOORT, SCHÜLLER, DE MARTINI, VERNEDE, ad art. cit.

[1] Quamquam hac de re valde dissentiant auctores, tamen, cum non sit hujus loci hac de re amplius disserere, sufficiat cum iis nobis habendum videri, qui acto hoc de natalibus perscribendo ne minimum quidem tribuunt testimonium, ut:

ZACHARIAE, I, p. 174, n⁰. 3 et III, § 570 p. 431 n⁰. 3. DURANTON, III, 230. MERLIN v. *maternité*. FAVARD, reconn. d'enf. nat. Sect. II, § 1. art. II, n⁰. 3. DALLOZ v. *filiation*, Chap. 3. Sect. 2, Art. 3.

Contra: DEMOLOMBE, V. 504, I, 297. DUCAURROY, comm. du C. C. I, 136.

[2] Cf. ZACHARIAE, III, § 570, p. 430, n⁰. 2. MARCADÉ, II, ad art. 341 C. N., n⁰. 6. LOISEAU, p. 474, 525—528.

Tali probatione enim, ut in Artt. 320 [1] atque 1939 al. 2 C. C. [2] definitur, ipsa mater quodammodo confiteri censetur factum, quod in testium testimonium non convenit.

Non tamen est verosimile liberos, constanti status gaudentes possessione, cum de ipso matris partu constet, omni probationis per scripturam initio carituros esse, ut TOULLIER hisce exprimit verbis: „Il doit arriver rarement que l'enfant naturel qui a une possession onstante de sa qualité, n'ait pas quelque commencement de preuve par écrit."

Quodsi igitur in perquisitione quaenam sit mater naturalis, ita accurate et caute agi jubet codex noster, ut ad probationem ne minimi quidem sit momenti assidua et constans status possessio, quis contendere velit, eam posse valere, tamquam volontariam agnitionem, nulli obnoxiam contestationi?

[1] „Het begin van bewijs bij geschrifte vloeit voort uit familiebescheiden, uit registers en huisselijke papieren van den vader of de moeder, of ook wel uit openbare of onderhandsche akten, *voortkomende van iemand, die in 't geschil betrokken is*, of, nog in leven zijnde, daarbij belang zoude hebben gehad."

[2] „Men noemt aldus alle geschrevene akten, welke voortgekomen zijn van dengenen, tegen wien de vordering gedaan wordt, of van dengenen, dien hij vertegenwoordigt, en welke de daadzaak, waarop men zich beroept, waarschijnlijk maken."

Hisce expositis et de *matre* exploratis num vinculum aliquod exsistat civile illam inter liberosque naturales, non rite habita agnitione, quis de patre etiam magis supra enuntiata valere neget, cum ipsa lex art. 342 al. 1 [1], absolutam contineat regulam, omnes de patre naturali perquisitiones esse illicitas, ne aliquomodo, ut antea, famosis istis judiciis locus detur, quae arbitrariam variamque jurisprudentiam semper secum ferant, necesse est; ne iterum honestas publica honosque familiarum vanis et incertis criminationibus exponantur; eandem in finem art. 32 C. C. patris nominis apud acta impedit inscriptionem, ne ullum quidem indicium exsistat et praesumptio, quibus veritas apparere posse videretur. Luce igitur clarius, constantem status possessionem factum probare minime posse, de quo pater etiam dubitare ipse potest, qui physice et eo magis jure est incertus. Ubi ergo vel ipse, vel per mandatarium non manifeste hac de re certum se atque persuasum esse palam professus est, pater esse non apparet; „non esse et non apparere in jure sunt synonima." Praeterea innumerae exorirentur difficultates, cum hac de re alia confirmaretur Jurisprudentia; omnibus nempe hisce

[1] „Het onderzoek naar het vaderschap is verboden."

casibus, quibus positivam agnitionem ad certum factum poscit Codex noster, ut Artt. 374, 383, 909, sqq., 408, 420, 918, 920 cet., dubium objici posset, num constans perpetuaque liberorum naturalium status possessio agnitionis vice possit fungi; et ad absurdas sequelas perveniri, ita ratiocinando, quis non intelligat?

Hisce igitur consideratis, nobis quidem videtur, quandocunque parentes inter et liberos naturales, non rite ac legitime agnitos, oriatur quaestio de exsistente juris civilis vinculo quod ab alterutra partium vindicatur, parentes, vel liberos ad actionem istam instituendam non posse admitti, cum hoc casu sibi invicem tamquam alieni et extranei sint habendi. Huicce sententiae eo magis assentimur, cum omni tempore parentibus est haec facultas agnoscendi, et quandocunque hoc eorum intersit, tributa; neutiquam Codice nostro terminum quemdam huic praescribente actui, tamquam nullis subjecto conditionibus juri. Agnoscant igitur parentes, aut omnia in liberos suos naturales amittant qualiacunque jura.

---

§ 4.

QUODNAM SIT DOMICILIUM LIBERORUM NATURALIUM NON AGNITORUM, ANTE TUTORIS NOMINATIONEM.

Duo diversa in Cod. nostro minorum numerantur domicilia, prout scil. vel parentum potestati subsunt, vel tutorum auctoritati [1]. Illorum enim ministerio jura exercent sua; illorum utuntur persona, ut in judiciis cum aliis experiantur, aut actioni institutae respondeant; apud eos vulgo, quae liberorum statum attinent, acta sunt deposita; parentes et tutores denique cum minoribus pupillisve pro una habentur persona. Non vero legislator noster, neque ICti, qui interpretati sunt art. 78 C. C., secum reputavere, etiam praeter nominatos exsistere minores, qui amborum parentum tutorumque carent auxilio, li-

[1] Cf. Art. 78 C. C. „minderjarigen volgen de woonplaats van hunne ouders of voogden."

beros scil. naturales a neutro agnitos parentum. Quaenam istorum est exercendi juris sedes? Hanc quaestionem rite solvi maxime ideo interest, cum inde definiatur, cujus jurisdictioni sit subjectus pupillus [1], quis sit judex cantonnalis, cui tutorem dicendi liberis naturalibus est munus. Quamquam Art. 74 C. C. [2], statuens unumquemque, cum sedem non habet principalem *rerum et fortunarum suarum*, ibi habere domicilium, ubi facto commoratur, non spectare videatur minores, attamen hunc ad casum adaptetur necesse est. Cum enim, ubi lex non ipsa certum praescribit domicilium, pro lubitu illud varias ob causas mutari atque eligi queat, potissimum sane liberis naturalibus non agnitis, teneris adhuc aetatis ibi dandum domicilium, quo primum nutriti atque educati sunt, ubi maxime affectionis vinculis tenentur [3]; hîc vere eorum *fortunarum*

[1] Cf. Artt. 1, 4, 97, 126, cet. Cod. de m. proc. in C. C.

[2] „Een ieder wordt geacht zijne woonplaats te hebben, alwaar hij zijn *hoofdverblijf* heeft gevestigd. Bij gebreke van zoodanige woonplaats, wordt de plaats des *werkelijken verblijfs* daarvoor gehouden."

[3] Cf. NIENHUYS, praelect. acad. de jure C. Neerl., I, p. 278, § 37. ZACHARIAE, I, § 141, p. 298. A. J. VAN ROIJEN, Diss. Jurid. Inaug. de domicilii, cum ex jure veteri, tum ex jure hodierno, ratione et jure; Groningen 1824, Cap. IV, § 1, p. 65 sqq.

et rerum summa esse dici potest, donec aetate progressi suis ipsi enixi viribus, domicilium ipsi eligant, quo socialem degere possint vitam. Hoc vero verbis Cod. nostri „*vast hoofdverblijf*" (principal établissement) omnino est intelligendum, quod definit DEMOLOMBE [1] le lieu dont il a fait le centre de ses affaires, de ses affections, de ses habitudes, le siége enfin de son existence sociale, où il s'est établi d'une manière permanente et durable, avec l'intention de s'y tenir, de s'y rattacher, d'y revenir tôt ou tard, lorsqu'il s'en éloigne." Primum itaque liberorum naturalium domicilium est locus, ubi nati sunt, sive *domicilium originis*, quod plerumque ipsum matris erit domicilium. Quum ita semel de domicilio constat, judex cantonnalis, ad cujus jurisdictionem hic pertinet locus, tutorem dicet. Hoc quidem maxime aequitati legisque principiis congruum videtur. Aliud enim addici posse liberis istis domicilium temere contendi credimus. Dolendum vero etiam illam in Cod. nostro quid juris sit, incertitudinem, difficultates augere, quae tutoris nominationem jam impediunt.

[1] I, n°. 344, p. 436.

§ 5.

DE TUTORIS AUCTORITATE CIRCA PERSONAM BONAQUE PUPILLI.

Difficultates, quae nobis liberorum naturalium percurrentibus minorem aetatem obviam fiebant attingere et exponere conatis, ante tutoris nominationem, abs re nobis non videtur de propria hujus tutelae gestione quaedam in medium afferre, quae quamquam ad graves referri quaestiones nequeant, attamen notatu digna arbitramur.

Generales, quae de tutela gerenda regulas praescribuntur [1] et eas dispositiones, quae specialiter de tutela, a judice cantonnali commissa [2], de tutore subrogato [3], de auctoritate tutoris circa personam [4] et bona [5] pupilli,

[1] Cf. Artt. 386—399 C. C.

[2] Cf. Artt. 413—420 C. C.

[3] Cf. Artt. 422—432 C. C.

[4] Cf. Artt. 441—442 C. C.

[5] Cf. Artt. 443—466 C. C.

ac denique de rationibus reddendis [1] agunt, pro ratione materiae etiam hîc valere haud est dubium. Attamen in Cod. nostro deficere videntur expressae, quae de tutela liberorum legitimorum placita etiam ad liberos naturales referri jubeant dispositiones. Ubique enim in hac Cod. nostri parte legislatorem unice legitimos spectasse liberos, ex verbis ipsis patet. Quod si magis ex industria liberorum naturalium consuluisset statui, tutelae imprimis bonae et probae gestioni, cujus, si de legitimis liberis agitur, e. g. etiam familiae ope, curam habere conatur, eam ad quodque grave negotium convocari et consultari jubens, quod ad liberos naturales attinet, aliis prospexisset modis.

Hîc enim non temere quaestio moveri potest, an tutoris et cotutoris, qui plane familiae vice fungitur, in rebus agendis plenum arbitrium non interdum veris nocere possit pupilli commodis? Majus igitur judici, cujus auctoritas in permultis pro pupillo gerendis actibus requiritur, incumbit onus studiose et acriter perscrutandi, quae sibi de minoribus dijudicanda proponuntur, imprimis ubi de emancipatione [2] quaestio est. Tutores enim isti nullo plerumque animi affectu pupillis

[1] Cf. Artt. 467—472.

[2] Cf. Artt. 476 et 481 C. C.

conjuncti, et onere suscepto, quod iis praemium numquam, nonnumquam vero, si in culpa sint, poenam praebere solet, maxime eo tendent, ut quam primum eo solvantur munere.

Etsi igitur facile hîc obviae difficultates expediantur, atque ex analogia et aequitatis ratione dissolvantur, omnino tamen probandum esset, si nullam etiam hac in re dubitandi rationem reliquisset legislator, ut hoc etiam sensisse videtur, ubi sermo est de consensu ad nuptias contrahendas [1], qui unus est locus tutelae gestionem circa personam pupillorum liberorum naturalium attinens.

Non exigui vero momenti hujus quaestionis est solutio, an penes tutorem sit, quaenam sit pupilli mater, inquirere, quod unus gravissimorum pro minoribus gerendorum actuum dici potest. Negando huic respondere non dubitamus. Si enim ministerium tutoris universe eo tendere debet, ut quam maxime pupilli prospiciatur saluti, non tamen lege tutori tribuendam facultatem putamus, actionem instituendi, cui non auctoritate judicis cantonnalis opus est, suae tantum pecuniae periculo (Art. 461 C. C.); cujus exitus, si agnitionem assecutus est, an pupillo umquam profuturus sit,

[1] Cf. Art. 98 C. C.

incertum est; imprimis cum hic sit actus cujus, licet maxime in posterum pupillo noceat, nullus est resarciendi damnum modus. Quum semel agnitio matri est erepta, hîc valet: „res judicata pro veritate habetur"; vinculum enim quod natura exsistebat, legis ope tantum est patefactum, quare etiam agnitio effectum habet retroactivum, quasi semper a natalibus inde agniti essent liberi, ut DEMOLOMBE: [1] „la reconnaissance n'est pas attributive mais déclarative de la filiation; ses effets remontent à la conception de l'enfant." Liberi sane ipsi aetate provectiores potissimum judicare possunt, quatenus sua intersit actionem instituere quae suum nomen atque ejus, quam matrem suam esse tantum praesumunt, publicae notitiae offeret. Etiam legislator noster hoc judicasse videtur, quum in singulis de agnitione dispositionibus tantum de *liberis naturalibus* ipsis actionem instituentibus sermo sit. [2] Ipsa haec ratio observata esse videtur in Codice nostro, ubi agitur de actione ad statum reclamandum instituenda (Artt. 324—326 C. C.), quando heredibus est vetitum pro mortuo sta-

[1] III, p. 159, n°. 456 (ed. Paris. V, p. 429).

[2] Cf. Art. 341 C. C. „van de inroeping van staat van de zijde *van het kind*"; Art. 343 al. 2 et 3 „*het kind* is verpligt te bewijzen"; al. 1 „geen *kind*." etc.

tum inquirere, si ipse hoc post tres annos majoris aetatis omiserit. Etiam hîc ante majorem aetatem a tutore agi posse minime ex legis verbis consequi videtur [1]; quum diem obiit, lapsis tribus annis, quibus facultas erat agendi, nullâ de statu actione inceptâ, expresse et consulto hoc neglexisse existimatur status incertus. Inde efficiendum, legem liberam voluntatem ipsis tribuere voluisse liberis, ut proprio motu de rebus suis dijudicent; si tacite actioni renuntiaverunt, neque heredibus hanc arripere licet, (quamquam liberis ipsis numquam hoc possit objici: art. 324 C. C.). Et quis contendat, habita hac in Cod. nostro ratione, tutori fas esse de valde hîc incertis pupilli commodis decernere? [2]

Nobis itaque videtur tutori hancce denegandam esse actionem a judice ex officio; aut ab ipso reo eodem consilio exceptionem posse objici. Si admittitur actio et jus dicitur, judicem errasse et male judicatum esse constat, ad quod judicium revocandum tamen nullum exsistit remedium.

[1] Cf. Art. 325 C. C. „Deze regtsvordering kan door de erfgenamen van het kind, hetwelk zijnen staat niet heeft ingeroepen, niet worden aangevangen, ten ware het minderjarig, of binnen drie jaren na zijne meerderjarigheid mogt overleden zijn."

[2] Cf. ZACHARIAE, III, p. 349. DURANTON, III, 151, 156. RICHEFORT, ad. art. 330. C. N.

SECTIO SECUNDA.

DE TUTELA LIBERORUM NATURALIUM AB ALTERUTRO PARENTE AGNITORUM.

---

§ 1.

DE TUTELA LIBERORUM NATURALIUM AB ALTERUTRO PARENTE AGNITORUM UNIVERSE.

Liberos legitimos, ubi alterutro orbi sunt parente, tutela, jure sancita, muniri constat. [1] Atqui si hujus jussi perscrutemur rationem, quae in eo sita est, quod legislator uni superstiti parentum parum liberorum confidit curam, educationem, eorum bonorum administrationem; quomodo non magis etiam liberis naturalibus ab alterutro agnitis parente, quippe qui uno tantum parentum superstiti aeque gaudere videntur, altero quod ad eos civiliter mortuo, non iis, inquam, magis etiam opus

Cf. Art. 400 C. C.

esset tutela, quum talium naturalium parentum lege restringitur et minuitur patria potestas? Imo haec tutela maxime est necessaria, si de patria parentum naturalium potestate statuta consideremus. Quis enim pro liberis illis bona administret,[1] cum ipsa lex hocce legitimorum parentum munus naturalibus denegare videtur, ubi in art. cit. verba scripta sunt „gedurènde het huwelijk"; et de administratione *bonorum* liberorum naturalium tacet, cum expressa sit dispositio [2] circa *personam* minoris [3]? Hac de re cum igitur ne dubium quidem oriri posse videatur, magis hacce de graviori certatum est quaestione, qualis esse debeat tutela, utrum dativa [4], an legitima [5]. Art. 408 C. C. statuens „de vader, of bij gebreke van dien, de moeder heeft de voogdij zijner of harer wettelijk erkende kinderen" valde apud

[1] Cf. Art. 362 al. C. C.

[2] Art. 361, C. C.

[3] De quaestione an parentibus naturalibus competat liberorum administrare bona, cf. DEMOLOMBE, VIII, n⁰. 381. TOULLIER, II, n⁰. 1073; MARCADÉ, II, ad art. 389 C. N., n⁰. 2; TAULIER, I, p. 504. DIEPHUIS, II, n⁰. 516, p. 257, III, n⁰. 650—652, p. 413.

[4] Cf. MARCADÉ, ad Art. 390, n⁰. 2. DUCAURROY, I, 585 DEMOLOMBE, VI, 650. PAILLIET, ad Art. 390 C. C. (c) n⁰. 1.

[5] Cf. PROUDHON, II, 252. ZACHARIAE, III, 571, p. 434. LOISEAU, p. 530. DELVINCOURT, II, p. 141. VAZEILLE, II, 478. MAGNIN, I, n⁰. 502—504. CADRÈS, des enf. nat., n⁰. 180. DURANTON, III, n⁰. 431.

nos restringere videtur quaestionem. Ex articulo illo enim, collato Art. 400 et imprimis Art. 385 al. 3 efficere quis posset, non sine aliqua veri specie, legitimae parentis naturalis tutelae tum demum locum esse, cum uterque parens filium filiamve agnoverit, deinde alteruter sit mortuus, ut in alterum *superstitem* tutela conferri possit: ceterum, dum uterque vivat, non legitimam, sed dativam tutelam obtinere. Et ita revera existimasse videntur nonnulli Codicis nostri interpretes. Certe ASSER in notissimo opere: Het *Nederl. Burgerl. Wetb. vergeleken met het Wetb. Napoleon*, § 254, his verbis utitur: „*Indien de vader en de moeder* het kind hebben erkend, dan wordt de *langstlevende hunner*, deszelfs voogd of voogdes". Similiter locutus est W. H. VAN DER VOORT, *Het Nederl. Burgerl: Wetb.*, *Utrecht* 1838, II, p. 64—66. Fieri tamen potest hos auctores ita scripsisse magis sermonis negligentia, quam consulto animo. Certe contrariam sententiam unice veram esse existimamus, quam merito secutus est DIEPHUIS, II, nº. 516, p. 258 et nº. 703, p. 371: patri scil. vel matri, quae sola filium filiamve naturalem agnovit tribuendam esse tutelam. [1] Verbis enim si saltem in-

[1] Cf. Proj. KEMPER. 1820, art. 540. MABÉ, in Regtsgel. Bijbl. III, p. 418.

haereamus, quae in art. cit., „de vader, of bij *gebreke van dien*, de moeder", etc. invenimus, constat idem illa significare atque in Art. 97 C. C. aliisque, nimirum: „*non agnoscente* patre vel mortuo." Idem hoc ex historia discimus hujus art. [1]

Enimvero quibusnam potius tutela illa deferri possit, nisi illis, qui quamquam non omnibus rebus legitimis aequiparentur parentibus, tamen ubi maxime de liberorum cura et educatione agitur, imprimis sunt audiendi? Praeterea omnibus parentibus lex concedit patriae potestatis sequelas, quae unice in liberorum favorem sunt constitutae; atqui tutela tota ad eorum tendit commodum. Unum hoc esse debet legislatoris consilium, ut bona fide et probe res minorum gerantur; hoc vero assequitur, liberos hîc subjiciendo tutelae, cujus lex praescribit definitque limites atque confirmat fiduciam. Quis vero neget, maxime animi affectu et parentum naturali erga liberos amore illam augeri fidem? Num aliud significare voluisset legislator, Art. 408 inserendo, atque ita Cod. Francicum supplendo, cujus interpretes,

[1] Cf. VOORDUIN, II, p. 181, n°. IV et p. 182, n°. VII, „indien er geene wettelijke erkentenis is gedaan, dan is er regtens geen vader."

„Cette expression (*bij gebreke*) est connue; elle est même consacrée dans le Code actuel."

ut hancce refellant opinionem, hoc praesertim utuntur argumento: legitimam tutelam esse civilem justarum nuptiarum effectum; itaque non contracto matrimonio, neque illam exsistere tutelam. Tutelam vero parentum naturalium legitimam rationi atque aequitati esse congruam, insuper et ipsis legis verbis explicitis hanc niti ostendere conati, objectionem illam apud nos non ita valere persuasum habemus. Quodsi vero non ipse legislator expresse hac de re statuisset, quamvis maxime durum esset atque iniquum, semper hoc ob oculos habendum esset, non extendendas esse civiles patriae potestatis parentum erga liberos naturales sequelas.

---

§ 2.

DE ADEMPTIONE TUTELAE DATIVAE.

Tutore liberis naturalibus a judice dato, fieri potest alterutrum parentem liberos suos agnoscere, qui legis dispositionem tutelam legitimam sibi committentem allegantes, a tutore dativo eam sibi vindicent. Itaque in tutelarum illo concursu recte quaeritur, quaenam alteri cedat necesse est? Utrum *ipso jure* tutela dativa legitimâ tollitur? Quod si art. 408 C. C. supra exposito modo interpretari atque accipere perseveramus, non possumus non affirmando respondere. Quamquam enim sit verum parentibns naturalibus non plura esse tribuenda jura erga liberos, quam ipsa lex iis tribuit, non hujus argumenti hîc ratio haberi potest, cum expresse, ut vidimus, in Codice nostro *legitimi* naturalium liberorum parentes dicuntur esse tutores, sine ulla exceptione; quod si legislator non excepit, neque nobis est excipiendum. Praeterea cum Art. 408 al. 2 [1] aeque

[1] „Bij minderjarigheid van den vader of de moeder, wordt *inmiddels* door den kantonregter in de voogdij voorzien."

sinat tutelam dativam parentum majorem aetatem ingressorum legitima tutela tolli, non intelligimus, non eo magis hoc ita se habere agnitione parentum. Quod si objectionem, [1] inter modos, qui tutelae finem imponunt, non inveniri testamentum matris, quae tutelam recusavit, etiam hîc applicemus, hujus maxime Viri Doct. WESTERWOUDT (infra cit.) refutationibus assentimur, ubi scil. dicit, nusquam in lege nostra per seriem enumerari modos finiendae tutelae; cum neque in his inveniatur mors secundi mariti, qui tutelam non gessit, qua ex Art. 406 al. 3 et 4 [2] etiam dativa cessat tutela. Hoc vero addendum putamus: si perduraret tutela dativa, quam maxime hoc obstaret legislatoris consilio ut agnitioni omni modo faveat eamque alliciat; quis enim patriam suam potestatem magna parte cum extraneo sibi esse dividendam sciens, agnosceret? Ast potius nonne est credibile, ipsam illam legitimam absolute con-

[1] Cf. OPZOOMER, I, p. 184, ZACHARIAE, I, 224 et pro subjecta materie eorum refutata argumenta a V. D. F. TH. WESTERWOUDT, Diss. Jur. Inaug. de matre patri superstite, liberorum tutelam recusante. Amstel. ap. I. G. GEBHARD et soc. 1854, p. 48.

[2] „De voogdij van de vrouw vervalt, indien de medevoogd tot de voogdij onbevoegd is, of daarvan ontzet wordt, ten ware de ontzetting geschied zij ter zake van onnoozelheid, krankzinnigheid of razernij. Bij ontbinding van het tweede huwelijk treedt de moeder in de voogdij terug."

stituisse tutelam legislatorem, quae caeteroquin e matrimonio oritur, ut quam facillime ad agnitionem aggrederentur parentes? Constet igitur tutelam dativam tantum esse loco legitimae, quae ipsa natura profluere videtur et semper potior esse debet.

---

§ 3.

DE QUAESTIONE AN PATRI MATRIVE TUTORIBUS LEGITIMIS JUSJURANDUM IMPONI POSSIT.

Legislator noster ubi (Art. 419 al. 2) [1] tutori, a judice cantonnali dato, jusjurandum imponit, bona fide et uti decet se gesturum tutelam, an hoc ad alios tutores legitimos vel testamentarios extendi voluit? Plerique in hanc conveniunt sententiam juris interpretes, perquam illud esse negandum et imprimis Art. 419 positione, in Sectione scil., quae specialiter de tutela dativa agit, argumento utuntur. Si vero ipsa hujus art. verba teneamus, nullum paene dubium, quid decernendum, esse videtur: „de voogd zal de voogdij moeten aanvaarden op den dag zijner benoeming." Et hîc de nominatione per *judicem* tantum sermonem esse, quis neget? Si legislator generaliter accipi hancce dispositionem voluisset, nihil impediisset, quominus in Sectione

[1] „Hij is verpligt vóór het aanvaarden der voogdij in handen van den kantonregter den eed af te leggen, dat hij de aan hem toevertrouwde voogdij, naar behooren en getrouwelijk zal waarnemen."

quae tutelam universe tractat, eam locasset [1]. Neque est ulla ratio, cur legislator, ubi tutorum dativorum fidem confirmare jurejurando conatur, quippe qui saepe nullo adstricti sunt affectu erga pupillos vel eorum parentes, idem hoc spectaverit, cum ipsi parentes tutelam gerunt, aut in testamentis ipsi honestos probosque sibi visos tutores eligerunt liberis suis, quorum sane bonae fidei ulla legis confirmatione opus esse, non est praesumendum. Restringatur ergo legis praeceptum, quod in Cod. Francico non invenitur, ad eos, quos ipsa lex demonstrat. Quod si ICti de tutoribus legitimis, proprie sic dictis, ac testamentariis hancce moveant quaestionem, idem dicendum de legitima tutela parentum naturalium, quos, si semel ipso jure a legislatore tutores constituuntur, magis odiose quam ceteros considerari, nulla est idonea ratio. Ceterum magnopere cum V. D. DE PINTO (l. l.) dicente facimus: „het is eene erkende waarheid, door de ondervinding bevestigd, dat men door de eeden noodeloos te vermenigvuldigen, den eerbied voor dezelven meer en meer vermindert, en dat hoe meer eeden men vordert, hoe ligtvaardiger zij gedaan, en hoe spoediger zij vergeten worden."

[1] Cf OPZOOMER, I. p. 186—188. ASSER, p. 186, 4⁰. SCHÜLLER, ad art. 419. C. C. DE PINTO, II, § 262.

§ 4.

DE CURA ET EDUCATIONE LIBERORUM NATURALIUM MATRE TUTELAM RECUSANTE.

Etsi mater agnoscens liberos naturales eo ipso educandi atque alendi (Art. 353, jcto Art. 361 C. C.) suscipit onus, tamen ipsa se ad *gerendam* tutelam minus idoneam habere atque timere ne liberorum noceat commodis potest. Si eandem ob causam matri legitimae tutrici (Art. 404 C. C.) [1] facultas conceditur recusandi tutelam, ut alii, ad administrandas pupilli res magis apto hoc committatur munus, nullum dubium, quin etiam matri naturali ob easdem rationes idem liceat. Universe de *matre*, legitima sive naturali, loquitur Art. 404, et spectat in eâdem Sectione positum Art. 408, parentes naturales agnoscentes ipso jure facientem tutores.

Hisce igitur perspectis gravior exsistere potest quaes-

[1] „De moeder is niet verpligt de voogdij aan te nemen; echter moet zij, in geval van weigering de pligten van voogdesse waarnemen en eenen anderen voogd doen benoemen" etc.

tio in concursu auctoritatis tutoris cum potestate matris, penes utrum scil. sit liberorum educatio atque propria personae cura?

Hujus quaestionis solutio cum maxime a ratione matris erga liberos naturales potestatis pendere videatur, primum nobis considerandum, quatenus illa extendatur potestas.

Legislator, ubi Art. 361 C. C. de patria potestate, quae ex justis profluit nuptiis, statuta etiam ad naturales extendit liberos, hoc fecit judicans vinculum parentes inter et liberos sanctissimum esse, quod eo tendit ut alimenta, cura et educatio a parentibus liberis sint suppeditenda.

Ipsum hoc naturae jus secum ferre videtur, et frustra impediret lex, quominus proli suae invitis omnibus consulere atque prospicere studeant.

Quamvis igitur, quae ex mero jure civili exsistunt, maxime naturalibus denegandi parentibus sit legislatoris voluntas, integra omnia relinquere debuit, quae ad jus illud naturae plene exercendum essent necessaria. Eximie hoc ZACHARIAE [1] enuntiat „die Eltern naturlicher Kindern haben im allgemeinen alle die Rechte und nur diejenigen Rechte ehelicher Eltern, welche sich aus der Pflicht der Eltern, ihre naturlichen Kindern zu *erziehn* streng ableiten lassen."

[1] III, p. 432.

Ipsum hoc in legis praeceptis, quae parentum naturalium tractant patriam potestatem, animadvertimus. Omnino educandi et alimenta praestandi obligatio fundamentum esse debet, quo nitatur hac de re juris systema. Ut recte hoc Art. 353 al. 2 C. C. [1] definitum officium impleant parentes, nihil sane aequius, quam moralem parentum in liberos auctoritatem lege ita confirmari (Artt. 353 et 354 C. C.) [2] ut, si opus sit, vi cogi queant liberi, reverentiae atque cultus parentum egredientes limites, ad bonam institutionem necessariam, sub manus parentum redire, atque ab iis se duci sinere (Artt. 356, 357 et 358 C. C.) [3]. Rec-

[1] „De ouders zijn verpligt hunne minderjarige kinderen te onderhouden en op te voeden."

[2] „Een kind, van welken ouderdom ook, is eerbied en ontzag aan zijne ouders verschuldigd."

„Het kind blijft onder hunne magt tot aan zijne meerderjarigheid."

[3] „Een minderjarig kind mag zonder toestemming van zijnen vader het ouderlijk huis niet verlaten."

„Wanneer de vader gewigtige redenen van misnoegen heeft over het gedrag van zijn kind, kan de arrondissements-regtbank op zijn verzoek en te zijnen kosten, dat kind in verzekerde bewaring doen stellen" etc.

„Wanneer de moeder de langstlevende en niet hertrouwd is, en de vastzetting van het kind verzoekt, zal de regtbank na verhoor van twee uit de naast vaderlijke bloedverwanten, het verlof daartoe kunnen verleenen."

te hanc ob rem liberis est injunctum, ne sine consensu parentum relinquant domum et parentibus, urgente necessitate, est facultas tributa publico auxilio, eos includendi, id quod, ad patriam potestatem ut oporteat exercendum, jure civili sancitum instrumentum est existimandum. Omnia remedia corrigendi liberos, necessaria ut plenissimam efficacitatem habeat patria potestas, atque ipsis liberis utilitas pariatur, hic legislator praestare voluit. Secus vero, ubi de bonorum administratione et usufructu agitur, res se habet. Sectionem enim, quae de patriae potestatis sequelis agit circa bona liberorum, percurrentibus, aperte nobis patet nullum horum praeceptorum liberis naturalibus applicari voluisse legislatorem. Administratio enim atque ususfructus tantum matrimonii privilegia haberi debent. Non haec naturaliter parentibus inhaerere quis contendat, ut ipsi, quae liberis ab aliis sunt donata, bonis fruantur atque eorum usum liberis pro lubitu praescribant.

Ceterae patriae potestatis sequelae, quamquam in Cod. nostro non expresse ita appellentur, haberi possunt consensus ad nuptias contrahendas (Art. 98 C. C.) et facultas liberis emancipatione quaedam majoris aetatis jura tribuendi (Art. 479 C. C.). Utraque illa jura precise a legislatore exercenda tradita sunt patri

vel, eo deficiente, matri; neque unquam tutor, illis viventibus, his de rebus auctoritatem interponere potest, neque mater paterve ullo modo hisce renuntiare posset juribus, etiam in favorem minorum constitutis.

Breviter indicata de patria potestate erga liberos naturales agnitos Cod. nostri doctrina, facile nobis erit indagare, quid tutori dativo, recusata a matre tutela, quid matri relinquatur auctoritatis. Quid enim matrem ad recusandam tutelam potest concitare? Num, ut oneroso se liberet munere, sanguinis parendi voci, atque custodia et curis liberos, quos ipsa procreavit, circumeundi? Num, ut omnem extinguat mutuam charitatem, alienis committendo manibus id quod vulgo maxime parentibus liberos jungit, animi scil. atque ingenii institutionem? Imo, ut eo magis prospiciat liberorum commodis, ut totam atque securam se liberis dedere possit, exiguam suam experientiam rerum administrationis supplere conatur, aliorum auxilium flagitans; et quod de matre legitima toties a ICtis est repetitum [1], nonne hoc casu etiam idem dicendum de matre naturali? „Der Vormund darf, kraft seines Rechts,

[1] Cf. MERLIN, Rep. v. Education, § 1, n°. 4. DEMOLOMBE, VII, 538. CHARDON, III, 380. MAGNIN, I, 607. VAZEILLE, tr. du mariage, II, 469. SIR. XXX, II, 337.

die Erziehung des Mundels zu leiten, nicht den Rechten der Elterlichen Gewalt Eintrag thun [1]." Praeterea nonne etiam hoc matrem ab agnoscendo abhorreret, semel dato a judice cantonnali tutore, cum pro nihilo se matrem affuturam certior esset? Satis jam ipse status conditio liberorum naturalium vulgo parentes atque liberos a se invicem secernit, cum liberorum exsistentia continua sit matris contumeliae recordatio. Melius igitur, si quam maxime, praesertim utilitatem liberorum spectantes, parentes liberosque naturales intimo conciliari conemur vinculo. *Utilitas*, inquam, liberorum etiam hîc sit suprema lex. Non igitur quae supra dicta sunt omni casu applicari volumus. Est tutoris vigilare ne quovis matris actu, quamvis non ipsam administrationem attinenti, pupilli commodis fiat detrimentum; quoties etiam ad curam et educationem non idoneam esse matrem intelligit, hac de re decernat judex. Jurisprudentia [2] de matre legitima confirmavit, non semper hîc eandem esse sequendam regulam; quantum magis naturali diffidendum matri? Ita ZACHARIAE [3] de parentibus naturalibus sic ait „Sie haben jedoch

[1] ZACHARIAE, I, § 112, p. 272.

[2] Cf. Weekbl. n°. 1384. Vonnis Arr. Regtb. Amsterdam, 6 Julij 1852.

[3] III, § 571, p. 433.

die Rechte nur mit dem Vorbehalte, dass dem Richter die vollste Freiheit zusteht, die Ausubung der elterlichen Gewalt in vorkommenden Fallen *zum Besten der Kinder* zu beschranken und selbst ganzlich ein zu stellen." [1] Improbitatem aut dissolutos mores matris, quis neget omnes sancire modos, quibus liberi matris talis surripiantur manibus?

Donec igitur probetur matrem sancto eo nomine esse indignam, liberis suis sub oculis materno amore atque consiliis adesse penes eam esto. Tutori vero omnia suppeditentur, neque ullae praecidantur rationes, quibus uti deceat, ut bene pupilli res administret, et ceterum vigilet. Satis ita legislatoris observarit praeceptum ut *personam* minoris curae habeat. [2] Potissimum ita difficultates tutoris inter auctoritatem matrisque potestatem pugnae praeverti possunt.

[1] Cf. DEMOLOMBE, VI, 621. DELVINCOURT, II, 74. TOULLIER, II, 1076. VAZEILLE, II, 473. MERLIN v. Education, § 2.

[2] Art. 441 C. C. „de voogd zal *voor den persoon* van den minderjarige zorg dragen en denzelven in alle burgerlijke handelingen vertegenwoordigen."

§ 5.

DE DOMICILIO LIBERORUM NATURALIUM A MATRE AGNITORUM, RECUSATA TUTELA.

Praeceptum legis nostrae (Art. 78 C.C.), minores sequi domicilium parentum suorum *vel* tutorum, quomodo sit applicandum, ubi ambo, parentes et tutores adsunt, obvia fit quaestio.

Quum supra demonstrare conati simus, penes matrem esse liberos suos naturales curare atque educare, nihil aequius quam *facto* etiam eos matri sequi domicilium. An hoc *juridicum* etiam eorum domicilium dici potest? Si quid Romani esse domicilium intelligebant reputemus: „ubi quis larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet: unde cum profectus est, peregrinari videtur; quod si rediit peregrinari jam destitit" [1]; si in lege nostra, quam secutus sit legislator

[1] Cf. L. 7 Cod. de incolis. DEMOLOMBE, I, n°. 344, p. 436.

rationem perquirimus, valde ad hanc propendimus opinionem, domicilium matris esse etiam minoris domicilium. Ita ubi minor a matre sit emancipatus, ut quaedam majoris aetatis exercere possit jura (Art. 480 C. C.) recte contenditur etiam tum matris retinere eum domicilium, quamvis alibi obligationes contrahat atque mercaturam faciat.[1] Non enim distinguit Codex noster inter minores emancipatos et non emancipatos [2]. Parentum domicilio liberorum status civilis inveniuntur acta[3]; illic nuptiarum proclamationes fieri matrimoniumque contrahi solent [4]. Ipse Art. 78 C. C. id significare videtur minoribus domicilium indicans „van hunne ouders of voogden" i. e. si parentes non adsint, tum demum tutores definire domicilium [5]. Neque igitur cum iis facimus, qui hanc ob causam tantum in

[1] Cf. DE PINTO, II, § 51, p. 54 et Ontw. 1830, Art. 79.

[2] Cf. Art. 108 C. N. „Le mineur *non émancipé* aura son domicile chez ses père et mère, *ou* tuteur."

[3] Artt. 29, 37, 38, 131, cet. C. C.

[4] Artt. 105, 107—109, 131, cet. C. C.

[5] Cf. DE PINTO, II, 51, 2, p. 54. PAILLIET ad Art. 108 C. N. (c) n⁰. 2. *Contra:* Regtsgel. Bijbl. I, 400, 453—556, et supra cit. F. TH. WESTERWOUDT, Diss., p. 51—54. DIEPHUIS, I, n⁰. 354—355. ZACHARIAE, I, § 143, p. 336, n⁰. 36. DELAPORTE, ad Art. 108 C. N.

subjecta materia liberis tutoris domicilium assignant, quod tutor pro pupillo, qui standi in judicio non habet personam, in jure conveniat, bonaque ejus administret, cum illud quidem una sit ratio, quae in domicilio perquirendo sit adhibenda, at vero non unica; et non temere contendere audemus, alia quae supra allegavimus argnmenta hac in re esse gravioris momenti.

---

§ 6.

QUAESTIO DE MATRE TUTRICE, CONJUNCTA MARITO.

Praeclarum et salutare est legis nostrae praeceptum (Art. 405 C. C.), matrem, ubi tutelae in se susceperit gestionem liberorum legitimorum et aliud inire cogitat matrimonium, ante illud contrahendum, judicis cantonnalis, auditis aut rite convocatis cognatis affinibusve minorum, decisionem esse impetrandam, an tutelam ea retinere poterit. Si hoc neglexerit, ipso jure amittit tutelam, et a novo marito in solidum ratio repeti potest, omnium illicite gestae tutelae eventuum. Patet hujus praescripti ratio: mater enim ad nuptias convolans, in manum transit novi mariti, neque ullum efficiendi actum facultatem habet sine ejus consensu. Illius voluntati plane subjicitur, atque morali subit auctoritati; instrumentum dici potest in mariti manu, quod quidquid velit perficere constringitur. Lex ei in-

jungit obedientiam praestandam (Art. 162 C. C.). Ita permutata matris persona morali atque juridica, judici decernendum, utrum illa a marito magna pro parte exercenda tutela pupillo prosit; an novi patris tales sint mores ac animus, ut muneri gravi aptus dici queat. Censente judice nihil tutelam a marito gerendam impedire, pupilli pater ipso jure fit cotutor et una cum uxore in solidum stare tenetur pro omnibus actis post initum matrimonium (Art. 406 C. C.). Haec de tutela legitimae matris statuta; non vero procul dubio, an eadem valeant de tutela naturalis matris. Ipsa legis verba explorantes, istam tutelam minime ante oculos habuisse legislatorem cognoscimus. Sermo enim in hisce Artt. est de *sequenti matrimonio* („volgend huwelijk"); cum hîc plerumque nullum praeierit; et de *cognatis affinibusque pupilli*, quos nullos habent liberi naturales.

Potius vero hancce veram legislatoris omissionem adimplere conemur, quantum exoriri damnum possit considerantes, nisi voluntatem legislatoris tacite subintelligamus. Supra necessitatem et momentum judicis hac in re decisionis exposuimus; salus moralis atque pecuniaria pupilli, sine illa, arbitrio hujus illiusve incerti animi et conditionis viri esset obnoxia; nullum

legis jussum sequendam ei praescriberet viam, etsi maxime probus atque bonae fidei adesset tutor; ejus uxor enim ad nullum amplius actum legitimum habilis, omnia illi expedienda relinqueret, et jure nulla sic exsisteret tutela. Ast quid plura? Luce clarius verborum hîc legis, nullum vero sensus dubium apparet, neque aliter apud ICtos explicatum invenimus [1]. Praeterea hoc matris matrimonium ineuntis officium, onus quoddam ei incumbens et conditio retinendae tutelae, totum atque unice in pupilli favorem est inventum, neque contendat quis levioribus matrem naturalem quam legitimam conditionibus et oneribus esse subjiciendam, et liberorum naturalium non ita prospiciendum esse commodis, ut legitimorum. Artt. 405—407 C.C. igitur, qui matri et marito hac in re praescribunt agendi rationem, pupilli salutem spectantes, omnino adaptandum illegitimis parentibus.

In hisce disserendis haud distinguendum putavimus inter *maritum*, qui plane antea nihil cum matre habuit commune et eum qui vere haberi potest et a mare agnoscitur prolis *pater*. Antequam enim agno-

[1] Cf. DEMOLOMBE, VIII, n°, 387. DELVINCOURT, II, p. 141. TAULIER, II, p. 22. PAILLIET, ad Art. 395 C. N. (a) n°. 7. *Contra:* SIREY, cinq codes annotés, ad Art. 395 C. N., n°. 10.

verit pater, liberis matrique tamquam extraneus est habendus, neque nuptiae sine agnitione quidquam hîc efficere possunt. Agnitis liberis, utrorumque, liberorum naturalium parentumque plane diversa oritur conditio civilis; illi enim, contractis nuptiis, legitimantur i. e. liberis aequiparantur legitimis, fictione juris, sequela matrimonii (Art. 327 C. C.); hi tutores esse desinunt, atque plena fruuntur patria potestate.

---

§ 7.

AN LICEAT PARENTIBUS LIBERIS NATURALIBUS AGNITIS TESTAMENTO TUTOREM DARE.

Curas, quibus parentes liberorum amore compulsi, eos prosequi solent, dum viventes adsunt, etiam post mortem suam iis tribui, in eorum votis est. Ut quam maxime liberorum saluti ipsi suam navare poterint operam, quippe qui potissimum et intimo animo huic incumbunt rei, a legislatore nostro, patriae potestatis tamquam sequela parentibus est facultas tributa, testamento liberis suis tutorem, ipsorum occupantem locum, dandi (Art. 409 C. C.) [1]; ubi scilicet tutelae legitimae amplius locus esse nequit (Art. 400 C. C.) [2]. An id ipsum etiam voluit legislator de parentibus naturalibus?

[1] „De langstlevende der ouders alleen heeft het regt om eenen voogd over zijne minderjarige kinderen te benoemen."

[2] „Na de ontbinding van het huwelijk, door den dood van een' der echtgenooten veroorzaakt, behoort de voogdij der minderjarige kinderen van regtswege aan den langstlevende der ouders."

Dissentiunt juris interpretes [1], quorum si Francicos perscrutamus, plerumque hoc argumento uti eos invenimus, quod dubium sit, num unquam liberorum naturalium legitima exstare queat tutela. Quoniam vero apud nos, ut supra expositum [2], positiva dispositione hac de re incertitudo tollitur, potius nostros interpretandum ICtos, qui magis Codicis nostri ipsa verba excutiundo hanc tractant quaestionem. Nisi enim ipsis legis verbis interpretandis, hac de re absolutam proferre possimus decisionem, negando solvatur quaestio, necesse erit. Omnino enim illa testamento tutorem dandi facultas una civilium patriae potestatis sequelarum dici potest, quam minime, ubi justae non adsunt nuptiae, aequitatis tantum ratione adjudicare licet. Ratione sola si utamur, quid aequius, quam qui viventes lege auctoritate sunt praediti praesentes suis consulere liberis, etiam penes eos pro tempore mortis liberorum

[1] Affirmant: ZACHARIAE, III, § 571, p. 434. Regtsgel. Bijbl. III, p. 378, 1841. SCHÜLLER, ad Art. 409 C. C. DE MARTINI, ad Art. 420 C. C. DE PINTO, II, § 253, 254. Negant: DEMOLOMBE, VIII, n°. 386. DUCAURROY, I, n°. 585 omnesque qui tutelam semper dativam liberorum naturalium esse contendunt; (Vide supra, Sect. II, § 1, p. 41, no. 4.) Regtsgel. Bijbl. III, 1841, p. 417. P. MABÉ, in Handb. voor Notarissen, I, p. 135.

[2] Sect. II, § 1., pag. 42—43.

curae habendi esse licentiam? Quid, ut huic satisfiat *naturae* jussui, interest, utrum sint legitimi liberi, an naturales, exsistente sanguinis vinculo? Quis melius utiliusque hisce prospicere posset? Ast si videamus ipsum Codicem nostrum, ad negantem solutionem hisce valde inhaeremus argumentis:

1°. In fine Sectionum, quae de duabus tutelae generibus agunt, *legitimâ* atque *dativâ*, (Sect. III et V, Tit. XVI.) specialis invenitur dispositio, quae hanc materiam de parentibus *naturalibus* ordinat. In Sectione vero, *testamentariam* tractanti tutelam, nihil illam circa de *naturalibus* parentibus est statutum; unde patere nobis videtur, legislatoris silentium omnino esse hoc sensu interpretandum, ut grave illud nuptiarum tantum privilegium *legitimis* decernere velit parentibus.

2°. Ipsa Art. 409 C. C. verba „*de langstlevende* der ouders" clare probant, legitimos tantum spectasse parentes haec redigendo legislatorem. Non enim haec sufficiunt, si parentum naturalium alterutri, altero non agnoscente, etiam jus illud dari oportet. Et quis dubitet, matri e. g., patre plane incerto, utrum vivat, an diem obierit, *civiliter* superstiti idem committere, quod *naturaliter* ei superstiti tribueret? Si itaque aliter voluisset legislator, clarius hoc significasse apparet.

Idem de ceteris hujus Sectionis Artt. dicendum, in quibus de *legitimis* tantum sermo est parentibus.

3o. Habitae de Art. 409 C. C. deliberationes [1] omnes hac de re dubium praecidere videntur. Putavit enim legislator parentibus naturalibus jus illud non esse concedendum, hocce utens argumento: „omdat anderszins eene met de goede zeden strijdende betrekking en aanraking zoude blijven bestaan, tusschen den vader en moeder van het natuurlijk kind, welke soms beiden met andere personen kunnen zijn in den echt getreden." Et vere esset timendum ne, illicito semper exstante commercio, superstes, quamvis non agnoverit, atque, quod ad minorem attinet, mortuo assimilari possit, tutor plerumque testamento dicatur, qui sanguinis jura oppresserit. Nemo vero talia bonis moribus semper, atque liberorum commodis saepe damnosa defendat. Minus rectum igitur contrarii defensorum videtur argumentum, Art. 413 C. C. judici Cantonnali tum demum mandare liberis tutorem dicere, si relinquantur patre, matre, aut *tutore a matre aut patre* testamento *nominato* orbi; contradictio vero haec est in adjecto; primum enim est demonstrandum, revera *jus* habere parentes naturales, tutorem testamento dicendi, antequam hic ap-

1 Cf. VOORDUIN, III, p. 80, 81.

plicetur Art., quo ne minimum quidem ad hunc casum probari nobis videtur.

Neque etiam iis assentimur, qui tutelae testamento dationem tutelae legitimae tamquam esse supplementum putant. Minime sane altera ab altera pendere potest dici; etenim legitima mater, e. g., recusans tutelam, num eo ipso amittit jus per testamentum liberis dandi tutorem? Perquam hoc recte plerique negant ICti [1], quorum referre decidendi rationes non hujus esse loci videtur. Hoc vero constet, plenae patriae potestatis, justarum nuptiarum fructus, jure civili conditam illam esse sequelam, qua plane est distincta legitima illa tutela, naturale jus, lege sancitum, quod quibuscunque parentibus, naturalibus legitimisve, concedatur necesse est.

[1] Cf. TOULLIER, II, n°. 110. DURANTON, III, n⁰. 438. PAILLIET, ad. Art. 398 C. N., (a). DUCAURROY, I, n°. 598, BLÖCHEL, anal. des princip. quest. de dr. § 16. DE PINTO, II, § 256. DIEPHUIS, II, p. 380 et supra cit. F. TH. WESTERWOUDT, Diss. Jur. Inaug., p. 43. *Contra:* DELVINCOURT, II, p. 151. ZACHARIAE, I, 224. LOCRÉ, ad Art. 393 C. N. OPZOOMER, I, p. 184. VAN HALL, in Regtsgel. Bijbl. II, 189, n⁰. 2.

SECTIO TERTIA.

DE TUTELA LIBERORUM NATURALIUM AB UTROQUE AGNITORUM PARENTE.

§ 1.

DE TUTELA LIBERORUM NATURALIUM, AB UTROQUE AGNITORUM PARENTE UNIVERSE.

Quum supra [1], ab alterutro parentum agnitis liberis naturalibus, tutoris lege praescriptam auctoritatem atque rerum gestionem maxime esse necessarias, ut justas deficientes nuptias suppleatur, gravior hîc occurrit quaestio, utrum aeque, utrisque agnoscentibus parentibus, tutela opus sit atque lege permittatur. Non dubitamus ejus utilitatem etiam hîc defendere, et supra expositas de tutela alterutrius parentum, qui agno-

[1] Sect. II, § 1, pag. 40—41.

verit, rationes nihil minus hîc valere, contendere. Ubi nuptiae non adsunt, deest etiam plena patria potestas; ubi illa restringitur, non sine legis praeceptorum auxilio explicite minoribus succurri potest. Melius igitur quam legislator noster (Art. 385 al. 3 C. C.), quosnam tutela muniri deceat, hisce verbis explicat ZACHARIAE: [1] „alle die, welche noch nicht das 21e Jahr ihres Alters erreicht haben, stehen unter einer Vormundschaft, ausgenommen, wenn unter ihren Eltern eine Ehe und so lange diese besteht (denn dann vertritt die Väterliche gewalt die Stelle der Vormundschaft) oder wenn sie emancipirt sind." Nihil hîc interest, utrum alteruter, an utrique agnoverint parentes; num enim ideo minus sibi invicem sunt extranei, num firmius fit vinculum fragile, quod parentes extra nuptias ligat?

Agnitione utrorumque parentum nascuntur liberis pater et mater naturales, qui singuli eos suo quisque modo civiliter curare constringuntur; non vero exstant maritus uxorque, quorum in unum propositum consensus eo tantum tendit, ut liberorum consulatur saluti atque beatitudini. Egregie hoc nobis indicat DEMOLOMBE [2]

[1] I, § 87, p. 226.

[2] III, nº. 415.

„pendant le mariage les père et mère sont là se consultant, se concertant tous les deux, veillant en quelque sorte l'un sur l'autre, à leur insu, avec une instinctive émulation de tendresse. C'est là une garantie assurément très sérieuse, garantie fondée à la fois sur l'amour paternel et sur l'amour conjugal, dont les enfants sont le gage et le lien le plus puissant." Parentes vero naturales quominus matrimonio conjungantur quod impedit, quaecunque sit causa, non potest non valde liberorum commodis esse praejudicio. Itaque quod matrimonii ope impretari nequit, tutelae cautione perfici oportet [1]. Utilitate hujus tutelae permagna probata, necessitatem ejus facile perspicimus, cum, uti supra [2] demonstrare conati sumus, pateat rerum minoris administrationem penes parentes naturales, qua tales, non esse; hanc igitur alio modo est supplendum plenae patriae potestatis sequelam, neque alia, quam tutela, in lege nostra ad illam patet via.

Ita hujus tutelae fundamento breviter explorato, ob-

[1] Dissolutis divortio nuptiis, quomodo liberorum prospiciat saluti legislator, hîc comparari utile videtur. Hanc ad rem cf. Artt. 292, 261, 281, 285 C. C. Recte etiam hîc ab auctoribus nonnullis contenditur, tutela opus esse; cf. ZACHARIAE, III, p. 127, § 486. TOULLIER, II, 1094. sqq.

[2] Sect. II, § 1, p. 41.

viae quaestioni, qualem illam esse oporteat secundum nostram legem atque rationem, quae supra [1] allegavimus argumentis de tutela alterutrius agnoscentis parentum respondere sufficiat.

Legitimam hîc adesse tutelam lege atque ipsa natura jubetur. Memorari autem non est necesse, Art. 386 C. C. jubere in qualicunque tutela unum tantum esse tutorem: *interest enim pupilli, ne tutela per plures spargatur*, et nihil aequius quam patrem hoc fungi munere, ut etiam Art. 408 statuit: „de vader of, bij *gebreke* van dien, de moeder". Pater igitur tamquam tutor res pupilli administret, et ita bonae fidei atque probitatis cautionem praestet.

[1] Sect. II, § 1. p. 40 sqq.

§ 2.

DE ADEMPTIONE TUTELAE DATIVAE ATQUE LEGITIMAE.

Supra [1] cum perscrutaverimus utrum, tutore liberis naturalibus a neutro parentum agnitis a judice dato, *ipso jure* tutela dativa legitimâ tollatur, et huic quaestioni affirmando responderimus, idem pene hîc obvium dubium; vidimus nempe esse penes parentes naturales, dum vivunt, tutelam legitimam liberorum, cessare vero plane eorum post mortem auctoritatem, vetita iis per testamentum tutoris nominatione [2]; itaque judici Cantonnali de mortuis istis parentibus certiori [3] facto, minoribus relictis competit parentum hîc vice fungi atque liberos tutorem dicendo tuendi. Fieri autem

[1] Cf. Sect. II, § 2, p. 45 sqq.

[2] Cf. Sect. II, § 7, p. 64 sqq.

[3] Cf. Art. 417 al. 2. „ De ambtenaar van den burgerlijken stand zal verpligt zijn den kantonregter kennis te geven van het overlijden van alle personen, welke minderjarigen mogten nalaten." etc.

potest, post alterutrius parentum mortem atque liberis sub tutela jam degentibus dativa, alterum demum agnoscere. Quid hîc juris? Utrum dativus tutor talis esse permanet, an postremum agnoscens fit tutor? Quamvis quibusdam mirum possit videri, semel constitutam tutelam tam leviter alia permutari atque dirimi; cum semel legitimos tutores constet antecellere dativis, plura hîc addere supervacuum esset, atque sufficiat igitur lectorem, ad quas hac de re jam exposuimus rationes remittere. Tutela enim legitima, quae antea alterutrius parentum agnitione exstiterat, quod ad eum, qui post hujus mortem agnoscit, nulla fuisse est habenda. Si maxime, ut est legislatoris propositum, agnitionibus favere ad easque parentes naturales invitare velimus, non aliter nobis est dijudicandum.

Quod attinet ad alteram quaestionem, quae, non eodem tempore naturalibus agnoscentibus parentibus, exsistere potest, scil. an mater agnitione tutrix legitima facta, deinde a patre agnoscente possit amoveri, non est incerta solutio. Matri enim (Art. 408 C. C.) tum demum defertur tutela, quum pater deficit; isto igitur se agnitione patrem professo, hoc facto ipso jure in eum transfertur tutela. Quod si mater ita suam minui senserit auctoritatem, sibi hoc imputare potest de-

trimentum, quippe quae patris agnitioni ipsa assentiri, aut eam denegare in potestate habet. (Art. 339 C. C.) [1] Non enim alio ullo modo pater, nisi matris ipso consensu et declaratione hîc probari possit. Itaque mater ad patris agnitionem auxilium praestans tacite in hoc convenisse censetur, ut excludatur tutela.

[1] „Geene erkenning van een natuurlijk kind zal gedurende het leven van de moeder worden aangenomen, wanneer zij niet in die erkenning heeft toegestemd."

---

§ 3.

DE QUAESTIONE, AN MATER TUTRIX POSSIT ESSE SURROGATA.

Ipsa legis nostrae verba hac de re nos in dubio versari sunt causa; Art. 436 C. C. [1] enim ad tutelam aut ad surrogatam tutelam incapaces enumerans, matrem excipit, quippe quam ad utramque jure esse idoneam exinde consequitur. Lex ipsa igitur matri surrogatam suscipere tutelam permittere videtur. Hoc vero minime legislatorem significare voluisse, nisi absurdam defendere velimus doctrinam, existimare debemus. Nullo alio scil. casu, praeterquam si mater recusaverit tutelam, de hac quaestione sermo esse potest. Quid vero tutoris surrogati est munus? Num aliud, quam ut tutori gerenti, ubi deficiat, aut cum pupillo contrarias habeat res (*tegenstrijdige belangen*; Art. 427 C. C.), *subrogetur*, ut ejus occupet locum et vigilet ut bene atque rite

[1] „Tot de voogdij of *toeziende* voogdij zijn onbevoegd: 1°. minderjarigen; 2°. zij, die onder curatele zijn gesteld; 3°. vrouwen, *behalve de moeder*"; etc.

pupilli consulatur commodis? (Artt. 428-431 C. C.). Si igitur mater ad ipsam gerendam tutelam parum se sentit idoneam, num tutori subrogare atque ejus gestioni invigilare posset? Ast vero si ad gerendam aggrediatur tutelam, num quae in Cod. nostri parte, quae agit de *tutrice* matre (Artt. 404—407 C. C.), nusquam vero de matre *tutrice surrogata*, praescribuntur, hîc adaptari possint? Sin quid juris, si e. g. nuptias contrahere velit, aut in aliis quibus hîc prospicitur casibus, matre *tutrice* legitima? *Ipso jure* matri (Art. 400 C. C.) defertur tutela; i. e. nulla auctoritate judicum, nullis adhibendis formis atque solemnitatibus; quod natura exsistit, lege tantum sancitur. Non surrogata tutrix nisi judicis Cantonnalis ope dari posset; ast vero nulla mulierum tutela admittitur nisi legitima, *ipso jure* data, cum vulgo ad hoc publicum fungendum munus minime aptae sint habendae; atque ita hancce legis dispositionem quam maxime restringendum.

Quid autem est legislatoris tutelae subrogatae instituendae consilium? Nonne hoc, ut, cum tutori gerenti, plerumque privatorum volontate vel opera ad hoc munus vocato, aut ipso jure natura et sanguine instituto, non semper plena fides haberi possit, etiam pnblica auctoritate delegatus tutor vigilet, et minorum

curae habeat, id quod veteri nostro jure Societatibus, quae dicebantur *Weeskamers*, perficiebatur? Non sane illud attingi posse propositum, matre naturali tutrice surrogata, nemo contestabitur. Vinculum enim, quamvis nullum civile, inter parentes exstare, quod morali patris in matrem auctoritate haud carere et collusionem ferre posse, certum est. Caute atque prudenter legislator matri esse tutrici concedit; ejus vero diffidens animi levitati, occasionem ei tribuit, quovis tempore hancce recusandi tutelam. Num huic consentaneum esset rationi, matrem numquam, nisi certis et definitis casibus (Art. 434 C. C.) revocabile aggredi munus? Nusquam hac de re cogitasse legislatorem, luce nobis clarius, etsi de *matre* loquatur Art. 436 C. C., quod de matre tutrice legitima tantum est intelligendum.

Quamvis itaque legis verba dubiae esse significationis prorsus negare nolimus, numquam legis isti verbis adhaesioni assentiri possumus.

---

§ 4.

DE CURA ET EDUCATIONE LIBERORUM NATURALIUM AB UTRISQUE AGNITORUM PARENTIBUS.

Gravissima dici potest indagatio, penes utrum sit propium curandi, educandi, corrigendi jus liberos naturales, si utrique illos agnoverint parentes; aut quaenam de patria tribuenda potestate utrisque parentibus naturalibus Codicis nostri sit doctrina? Illam igitur perscrutemus tantum circa personam liberorum naturalium; bonorum enim administratio et quae rebus gerendis attinent, tutori, hîc patri, competunt [1]. Ita facile dijudicare poterimus, quidnam de hîc tractanda quaestione decernendum.

Lex nostra (Art. 361 C. C.) [2] liberis naturalibus (pro

[1] Cf. Sect. II, § I, pag. 41.

[2] „*Alle* de bepalingen van deze afdeeling, met uitzondering alleen van de bij Art. 358 voorgeschreven verpligting tot verhoor van de vaderlijke bloedverwanten zijn ook toepasselijk op natuurlijke en wettelijk erkende *kinderen en hunne ouders*."

subjecta scil. materia) easdem imponit erga parentes officia et parentibus in liberos naturales exercenda tribuit jura, quae legitimos parentes inter et liberos constituuntur. (Artt. 353—360 C. C.)

Hoc legislatoris facto, quo ejus voluntas ut hac de re saltem, quid erga liberos naturales sit juris, nullum exsistat dubium, probatur, adstringimur, ubi fieri potest, ipsa legis sequi verba, neque divagari, ubi fortasse aequitas stricta atque sana ratio alia suadent.

Patriae potestatis sequelae circa personam minorum in *naturales* et *civiles* recte distingui possunt. Illas utrisque aeque parentibus tradere, has, prout rationes id exigerent graves, alterutri parentum magis specialiter attribuere debuit legislator. Quum enim (Art. 353 C. C.), quae naturaliter debent, *utrisque* praestare voluerit parentibus cultum atque reverentiam liberos; quum (Art. 353, al. 2 C. C.) morale officium, liberos minores alendi atque educandi *utrisque* incumbere voluerit parentibus, et denique (Art. 354 C. C.) natura sancitam patriam (sive parentum) potestatem *utrisque* aeque commiserit, de *exercenda* patria potestate aliter statuere recte cogitavit. Ut saluti enim liberorum, et societatis civilis quieti prospiceretur, opus erat, ut parentes inter omnis, cuinam competeret liberos

suos domi educare, retinere, omnia denique perficere, quae ad patria utendum potestate pertinent, tolleretur disputandi ratio. Et recte reputavit tum legislator, ut aeternarum litium atque familiarum discordiae dirimeretur fons, *viro* potissimum esse commendandum jus exercendum, quippe qui ingenii majori vigore atque voluntatis firmitate ipsâ naturâ mulieri superior esse atque antecellere est destinatus. Haec ratio fuit, quod *omnia* hac de re circa legitimos parentes praecepta naturalibus adaptanda jusserit. Idem enim extra nuptias hac in re atque exstante matrimonio valet; namque si patris agnitione matris jura non sint minuenda; si civiliter ei semper extraneus sit, tamen ipsi matri, quando auctoritatis magna pars ei surripitur, est inculpandum, quippe quae tacite in hoc convenisse censetur, dato ad patris agnitionem consensu (Art. 339 C. C.). Explicite igitur applicandus Art. 361. C. C.. Patris est etiam naturalis (Art. 356 C. C.) vigilare atque, si opus sit, prohibere, ne domum relinquant liberi, quo scil. eos habitare ipse constituit, etsi non sit ipsius, sed matris aliusve domicilium. Ejus est, si graves ob causas in liberos est offensus, neque ejus sufficit ad illos corrigendos auctoritas, publica invocare auxilia, atque (Art. 357 C. C.) eos includendo ad officium cogere; omnia quae juris re-

media patri distincte non essent delata, si utrisque parentibus aequaliter, aut saltem matri soli patriae potestatis exercendae fuisset tributa facultas. Et, quaeso, quid aliud est patriam potestatem in liberos exercere, nisi iis habitationem, educandi modum et instituendi, administrare; et cui inservirent rei legis ista placita, quae patrem imprimis muniunt, si gravissimam patriae potestatis partem matri relinquendum esset, aut cum illa dividendum?

Eo magis vero sententia illa praevalere nobis videtur, quum hîc pater potestatem *patris* simul et *tutoris* auctoritatem amplectitur, et ita quaestio esse nequeat de conflictu, qui vocatur, parentem inter atque tutorem, coram quemnam sit propria „*la garde et éducation*" liberorum [1]; duae igitur sunt rationes, quibus hîc patris nititur superioritas.

Lex ipsa hancce doctrinam sancivit, patri potissimum (Art. 97 C. C.) arbitrium relinquens, ut assensu suo liberorum naturalium comprobet nuptias, nec ne; deficiente patre aut non agnoscente, id demum matri permittitur; quod denuo est patriae exercendae potestatis sequela civilis, quam certe legislator specialiter non soli com-

[1] Cf. Sect. II, § 4, pag. 50 sqq.

misisset patri, si utrique in omnibus concurrerent parentes naturales. Ratio, quam hujus praecepti apud VOORDUIN [1] memoratam invenimus, ita legislatoris totam de hac materia exprimere nobis videtur justam voluntatem, ut hîc eam transferre, abs re non esse arbitrati sumus: „Le concours simultané," ita se exprimit, „des père et mère pour le consentement au mariage, n'a pas été admis pour les enfants naturels, parceque les motifs ne sont pas les mêmes que pour les enfants légitimes. Dans ce dernier cas, il était convenable d'appeler les père et mère ensemble; ils ne sont qu'une même famille, ils vivent sous le même toit, et peuvent par conséquent se consulter entr'eux sur le consentement, tandis qu'il est très rare de rencontrer les père et mère naturels dans la même situation, et il arrive très souvent qu'ils se sont mariés avec d'autres. N'y aurait-il pas une sorte de scandale, de faire concourir deux personnes étrangères et peut-être très éloignées, et de les mettre quelques fois aux prises avec elles mêmes, lorsque leurs familles respectives ignorent des antecedens toujours désagréables? Le consentement séparé évite toute espèce de contestation; il n'engendre

[1] II, pag. 181.

aucune publicité et peut être donné sans que la famille puisse en être alarmé." Qui hîc metus familiarum ignominiae legislatorem adegit, ut omnem in consensu ad nuptias liberorum parentum naturalium excluderet concursum, nonne aeque valere debet, ubi agitur de educatione, cujus occasione, si pari gauderent jure parentes, continuae atque multifariae possent oriri controversiae?

Objectionis, quod Art. 355 C. C. verbis utatur „gedurende het huwelijk" atque ita e contrario extra nuptias non *patri* tantum competere exercere patriam potestatem, non est habenda ratio, cum et verbum ipsum „gedurende" [1] nihil aliud quam „*stante*" (matriminio) significare possit, et ex historia [2] atque hujus Art. ICtorum interpretatione [3] pateat, hîc legislatorem spectasse casus illos, quibus nuptiae dissolvuntur alterutrius parentis morte, quando superstiti integra relinquitur patria potestas (Art. 358 C. C.); aut divortio (Art. 285 C. C.); aut judicio, post separationem mensae ac thori (Artt. 301, 285, 261 C. C.); aut denique novo matrimonio, post alterutrius per decen-

[1] Cf. Art. 373 C. N. „le père seul exerce cette autorité *durant* le mariage."

[2] Cf. VOORDUIN, II, pag. 575.

[3] Cf. SCHÜLLER, ad Art. 355, C. C.

nium absentiam (Art. 405 C. C.), quibus omnibus specialiter prospicit casibus legislator, cuinam sit liberorum cura committenda.

Ceterum, quamquam Francicorum hac in re scriptorum [1] sententiarum absolute ratio haberi nequeat, quoniam Art. 383 C. N. liberis naturalibus praecepta de *inclusione* tantum applicat, cum noster Art. 361 C. C. *omnes* articulos Sectionis Primae (Tit. XV), et in iis etiam Art. 355, de qua hîc quaestio est, iis adaptandos constituat [2], et praeterea in Cod. Francico deficiat Art. 408 Cod. nostri dispositio, quae etiam nonnihil pro sententia, cui assentimur, dicere videtur, attamen eo ipso, quod nullo legis praecepto sint constricti, non exigui momenti eorum ratiocinandi modus hac in re dici possit; et hoc perquisito, negare haud possimus, si precisa apud nos juris dispositio aliter non praescripsisset, maxime nos cum iis facere [3], qui judici in hoc dijudicando maximum tribuunt arbitrium, quid utilius minori; quoniam, lege tacente, aequiparentur in omni-

[1] Nostrae praesunt sententiae DEMOLOMBE, III, n°. 629. PROUDHON, II, p. 218, n°. 8. MARCADÉ, II, ad Art. 383 C. N. n°. 2. ZACHARIAE, III, § 571, p. 433.

[2] Cf. de hoc discrimine ASSER, Vergel. § 222.

[3] Cf. TOULLIER, II, n°. 1076. VAZEILLE, II, 373. MERLIN, v. éducation, § 2. DURANTON, III, n°. 360.

bus parentes necesse est, neque ultra juris placita alterutri denegandum est, quod utrisque natura est tributum. Quare varias omni tempore de hac quaestione latas apud Francicos sententias scriptas invenimus. [1]

Neque igitur iis convenimus, qui absolute magno suo amore semper idoneam esse ad liberos educandos [2] matrem praedicant, aut patrem, nominis sui, quo appellantur liberi, bene audiundi gratia [3], eos bene institui studere, atque ideo potissimum ad hoc aptum esse contendunt. Quoties enim fieri potest, matrem esse eo nomine indignam, cum pater, infelices commiseratus liberos, quibus parentum inhaeret ignominia, eximie eos educando, ita damnum morale, cujus ipse est auctor, resarcire quaerat? Ratio autem, quod cura patris, ut nomen suum bene audiat, ei liberos sub oculis habendi jus tribuere possit, provectiori tantum liberorum aetate alicujus est momenti habenda; tenera autem aetate, qua hac de materia maxime lis oriri solet, non ita sermo esse potest honoris, quem habere liberos patris nomini oporteat, neque hoc aptio-

[1] Cf. MERLIN, l. c.

[2] Cf. PAILLIET, ad art. 341 C. N. n°. 2. ROLLAND DE VILLARGUES, Traité des enf. nat.

[3] Cf. DEMOLOMBE, l. c.

rem ad primam liberis tribuendam institutionem reddere possit patrem. Ast legislator noster, cui erat eligendum, utri parentum grave illud delegaret officium, non temere patrem praetulit, quo facto multis sane quaestionibus viam praecidit; sed procul dubio etiam existimamus, deficiente plane legis praecepto apud Francicos, iniquum et durum esse, pro arbitrio matri patrive, nulla habita ratione, universe tradere exercendam patriam potestatem.

Codicis nostri vero stricta interpretatio nobis quidem nullum sinere dubium videtur.

---

§ 5.

DE QUAESTIONE, AN PATER NATURALIS CONSILIARIUM (raadsman) SUPERSTITI POSSIT INJUNGERE MATRI, LIBERORUM NATURALIUM TUTRICI?

Mulierum in administrandis rebus, qui plerumque adest, experientiae defectus legislatorem nostrum adegit, ut, cum semel matri legitimae esset committenda tutela, ejus marito, si salus liberorum ei talia exigere videretur, tribueret facultatem matris hancce, alioqui liberam, administrandi potestatem minuendi, consiliarium (*raadsman*) ei adjungendo [1]. Solvenda igitur est quaestio, an hoc juris placitum, verbis atque legis ratione indagatis, etiam de patre naturali vigere sit existimandum? Verbis autem ipsis patet, legislatorem *maritum*

[1] Art. 401 C. C. „De vader kan desniettemin aan de langstlevende moeder eenen bijzonderen raadsman toevoegen, zonder wiens toestemming zij geene daad, de voogdij betreffende, zal kunnen verrigten, behoudens haar beklag aan de Arrondissements-regtbank, wanneer zij vermeent dat de weigering van den raadsman de belangen der minderjarigen benadeelt" etc.

tantum spectare voluisse, justis nuptiis cum uxore conjunctum. Cum enim Art. 400 C. C. verbis utatur ,,door den dood van een' der *echtgenooten*", et horum superstiti tradit legitimam tutelam (id quod specialiter de *naturalibus* parentibus statuit Art 408 C. C.), hujus Art. tamquam sequelam et modificationem Art. 401 C. C. continet dispositionem: ,,de vader kan *desniettemin*", quae verba clare horum Artt. ostendunt vinculum. Si aliter voluisset legislator, post Art. 408 similem etiam matris *naturalis* potestatis restrictionem constituisset. Quum igitur id non fecerit, integram nobis matris naturalis tutelam est relinquendum.

Et recte fecit legislator id omittens. Si enim stante matrimonio maritalis auctoritas lege comprobata, matris quodammodo plenam in liberos a natura tributam potestatem coarctet, ita ut etiam post mortem illa in consiliarii, testamento aliove modo, nominatione [1] perdurare videatur, nulla est idonea ratio, cur extra nuptias, carnali tantum patrem inter atque matrem, nullo vero civili exsistente vinculo (Art. 335 C. C.), pater legitimam facultatem constringere possit ejus, quae

[1] Art. 402 C. C. ,,De benoeming van den raadsman geschiedt, hetzij bij uiterste wilsbeschikking, hetzij bij alle andere authentieke en bijzonderlijk daartoe ingerigte akten."

jure ei est extranea, cum insuper bonis moribus sit contrarium, communionis, quae viventibus parentibus lege ac publica opinione valde esset neglecta et contempta, minimum etiam post alterutrius mortem restare effectum. Quam etiam legislatoris esse sententiam, probatur ex habitis deliberationibus de Art. 406 C. C. circa facultatem parentibus naturalibus tribuendam, testamento liberis tutores dandi [1]. Ne igitur etiam hîc, quae justarum tantum nuptiarum civilis haberi potest sequela, nimis leviter extendatur dispositio. Huic sententiae eo magis adhaerendum arbitramur, cum, ut supra indagatum [2], parentibus naturalibus omnino testamento liberis dicendi tutorem jus denegandum videatur. Num enim *consiliarius*, ita dictus, revera alius est nisi tutor, quippe qui in omnibus a matre tutrice tutelae attinentia gerendis est audiendus; qui, prout libet consiliis suis atque auctoritate adhibitis, quae sibi probanda videntur, impretat, quae sibi minus placent, vetat, et ita matre tamquam suae perficiendae voluntatis instrumento uti potest? Hanc ob rem certe constare nobis videtur, patris naturalis post

[1] Cf. VOORDUIN, III, p. 80.

[2] Vid. Sect. II, § 7, pag. 64, sqq.

mortem nullum patriae potestatis exercendae restare effectum.

Alius autem is etiam stimulus erit ad justum contrahendum matrimonium impellens, si revera intelligat pater, matrem liberorum suorum saluti sine alienis ope et consilio non satis profuturam.

TANTUM.

THESES.

I.

In Lege 32. § 3. D. de Condict. Indeb. affirmare mihi videtur Julianus, quod negat Celsus in Lege 19. D. de legat. et fideicomm.

II.

Pugnat L. 13. § 14. D. de Act. Vend. cum L. 7. D. de Periculo et Comm. rei vend.

III.

Probanda mihi videtur Jure Romano tutelae definitio „vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui per aetatem se tueri nequit, jure civili data vel permissa."

IV.

Verba in L. XV. § 2. D. de test. milit. „si voluntas contraria non sit" ita sunt accipienda: „si ab hac voluntate se non recessisse, aliquomodo declaravit."

V.

In liberis naturalibus possessio status, quae dicitur, jure nostro non agnoscitur.

VI.

Jusjurandum Hippocraticum et Art. 378 C. P. medicos minime impediunt, quominus Artt. 30 et 31 C. C. praescriptis obtemperent, etiam matris naturalis nomen apud Magistratum Status Civilis profitendo.

VII.

Liberi naturales, etiam viventibus qui eos agnoverunt utrisque parentibus, tutela muniuntur jure nostro.

VIII.

Mater tutrix surrogata esse nequit.

IX.

Legitimis tantum parentibus testamento liberis tutorem dandi Codex noster Civilis tribuit facultatem.

X.

Mutuo consensu divortium omnino Codice nostro civili permittitur.

XI.

Qui ipse curatelam rogavit attamen habet testamenti factionem activam.

XII.

Recte legislator noster abrogavit testamenta olographica.

XIII.

Obligatio praestandi alimenta parentibus ceterisque adscendentibus egenis solidaria est atque individua.

XIV.

Juris sententia ,,leges vi retroactiva carent" non spectat leges, quae dicuntur *interpretativas*.

XV.

Omnino civiliter ad implendas erga Ecclesiam obligationes cogi possumus.

XVI.

Minus probanda mihi videtur Merlinii sententia : ,,la science du droit consiste autant dans la réfutation des faux principes que dans la connaissance des véritables."

XVII.

Recte Codex noster Poenalis conatum mortis voluntariae non punit.

XVIII.

Qui rem suam, quam alter detinet, aufert, furtum non committit secundum Codicem nostrum Poenalem.

XIX.

Consensu laesi non tollitur delictum.

XX.

Institutiones philantropicae nonnisi Oeconomiae Politicae elementis nitentes populi commodis prospicere possunt.

XXI.

Improbandum est, quod de alienandis et oppignorandis Provinciarum bonis in lege nostra Provinciali nullum inveniatur praeceptum, id quod in lege Municipali nostra (Art. 230) de Municipiorum bonis cautum est.